Seuffert

Dahl

Handbuch

des

deutschen Civilprozesses

auf der

Grundlage und nach der Ordnung der bayerischen Gesetzgebung

von

Dr. Johann Adam Seuffert,
Appellationsgerichtsrath in Ruhestand,

fortgesetzt in Verbindung mit

Dr. Johann Jakob Lauk,
Oberappellationsgerichtsrath.

Vierter Band.

Zweite Auflage.

Mit dem Bildnisse Dr. J. A. Seuffert's.

Erlangen, 1858,
Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke.
(Adolph Enke.)



gem. v. Jos. Bernhard. gest. v. Paul Barfus.

Dr. Joh. Adam Seuffert.

Kommentar

über die

bayerische Gerichtsordnung

(Codex juris bavarici judiciarii de anno 1753)

von

Dr. Johann Adam Seuffert,

[illegible]

[illegible]

Dr. Johann Jakob [illegible],

[illegible]

Vierter Band.

Zweite Auflage.

Mit dem Bildnisse Dr. J. A. Seuffert's.

Erlangen, 1858.

Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke

(Adolph Enke.)



Kommentar

über die

bayerische Gerichtsordnung

(Codex juris bavarici judiciarii de anno 1753)

von

Dr. Johann Adam Seuffert,
Appellationsgerichtsrath in Ruhestand,

fortgesetzt in Verbindung mit

Dr. Johann Jakob Lauk,
Oberappellationsgerichtsrath.

Vierter Band.

Zweite Auflage.

Mit dem Bildnisse Dr. J. A. Seuffert's.

Erlangen, 1858,
Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke.
(Adolph Enke.)

Druck von Junge u. Sohn in Erlangen.

Das nun vollendete Werk sei meinem

Herrn Schwiegervater

Ernst August von Zink,

Direktor des königl. bayer. Oberappellationsgerichts, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayerischen Krone,

a m J u b e l t a g e

s e i n e r

fünfzigjährigen, als Musterbild anerkannten, Wirksamkeit im Richteramte

(12. September 1845)

mit innigster Liebe und Verehrung

als Festgabe dargebracht.

Das nun vollendete Werk sei meinem

Herrn Schwiegervater

Ernst August von Zink,

Director des königl. bayer. Oberappellationsgerichts, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayerischen Krone,

am Jubeltage

seiner

fünfzigjährigen, als Musterbild anerkannten, Wirksamkeit im Richteramte

(12. September 1845)

mit innigster Liebe und Verehrung

als Festgabe dargebracht.

Schlußwort zur ersten Auflage.

Endlich ist das vor 10 Jahren begonnene Werk zum Ziele gekommen. Die beklagenswerthen Umstände, welche die Fortsetzung und Beendigung verzögerten, mußten auch auf die Beschaffenheit ungünstig wirken, und manche Mängel und Lücken dürfen wohl auf diese Rechnung gesetzt werden. Was die Kräfte vermochten, wurde geleistet. Die dem Buche zu Theil gewordene Aufnahme läßt mich annehmen, das wirklich Geleistete sei kein unbedeutender Beitrag zur Lösung der vorgesteckten Aufgabe. Mitwirkung verehrter Freunde hat an diesem Resultate einen wesentlichen Antheil. Ohne die von Herrn OAGR. Dr. Lauk in Bearbeitung der Kap. III bis XI gewährte Beihülfe wäre wohl nie ein zweiter Band zum ersten gekommen. Große Verdienste um das Werk haben sich auch die gütigen Spender praktischer Mittheilungen erworben, vorzüglich die Herren OAG.-Räthe Dr. Arnold, Dr. Glück und Wehner.

Der Kommentar schließt mit dem 19ten Kapitel der GO. Das 20te hatte nur in denjenigen Provinzen Gesetzeskraft, für welche auch das bayerische Landrecht gilt. Der Inhalt desselben gehört mehr dem Civilrechte als dem Prozesse an, und die neuere Gesetzgebung hat die Prioritätsordnung mit dem Hypothekenrechte in Verbindung gebracht.

Die Zusätze und Berichtigungen zu den vier Bänden des Kommentars, welche am Schlusse des gegenwärtigen zusammengestellt sind, möge der geneigte Leser zu den betreffenden Stellen vormerken, und mit den ferneren Ergänzungen, welche die Blätter für Rechtsanwendung bringen werden, das Gleiche thun.

München den 18. August 1845.

Dr. J. A. Seuffert.

Vorwort des Verfassers
zur ersten Lieferung des vierten Bandes der zweiten Auflage.

Vier Jahre sind vergangen, seit die Bearbeitung der zweiten Auflage des Kommentars mit der Zuversicht unternommen wurde, die darauf verwandte Mühe werde keine vergebliche sein. Diese Zuversicht

hat nicht getäuscht. Die Stunde der Zukunfts-Gesetzgebung im Gebiete des Civilprozesses hat für Bayern noch nicht geschlagen. — In den Nachträgen zum vierten Bande werden die Aenderungen dargelegt werden, welche sich nach den Justizgesetzen des Jahres 1856 am Inhalte der drei ersten Bände des Kommentars ergeben.

Auf Ersuchen des Verfassers hat Herr OAGR. Dr. Lauk seine freundschaftliche Mitwirkung auch bei der Revision des vierten Bandes gewährt.

München im Dezember 1856.

In Folge des am 8. Mai v. Js. erfolgten Todes meines innigst verehrten Lehrers, in guten wie in schlimmen Tagen bewährten Freundes von Seuffert ist die Vollendung der zweiten Auflage des Kommentars von Kap. XVI an mir zugefallen.

Dabei habe ich den Gesichtspunkt festgehalten, das Werk möglichst in seiner ursprünglichen Gestalt wiederzugeben, und daher neben den literarischen Nachträgen nur jene Veränderungen und Zusätze vorgenommen, welche die inzwischen erschienenen Gesetze nothwendig machten. Auch von Seuffert war der Ansicht, daß eine durchgreifende Verbesserung

vielmehr Umgestaltung der Gerichtsordnung das dringendste Bedürfniß der bayerischen Gesetzgebung und daher, wenn man dem Beispiele des Freiherrn v. Kreittmayr und der von ihm in der Vorrede zu dem Cod. jud. als Vorbild angezogenen Methode, „welcher sich die medici gemeiniglich bedienen, „wann sie in Vornehmung der Kur zuvörderst ad „partem magis affectam zu gehen pflegen", folgen wollte, vor Allem in Angriff zu nehmen sei.

Bis dieser Anforderung genügt würde, war v. Seuffert bestrebt, insbesondere in dem vorliegenden Kommentare, dahin zu wirken, daß von den Richtern die prozessualischen Formen freier, wenn auch immerhin in den Gränzen der durch die Gesetze gezogenen positiven Schranken, gehandhabt und vor Allem eine materielle Rechtsprechung in's Auge gefaßt würde.

München den 23. Dezember 1858.

Dr. Lauk.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

Fünfzehntes Kapitel.

Von den Appellationen und Revisionen.

*) Zu Note 39 Zeile 12 ist zu bemerken, daß auch in dem Verfahren nach §. 52 des Hyp.-Ges. gegen die (ungeeignete — vgl. Bd. II S. 77 Note 9b—) Zuerkennung des Diffessionseides selbständige Berufung zugelassen wurde. Bl. f. RA. Bd. XXII S. 64. — S. 21 ist am Ende der Note 46 beizufügen: Vgl. jedoch unten §. 12 Note 56a.

Sechzehntes Kapitel.

Von der restitutione in integrum, der Nullität und anderen remediis juris.

Seite

Siebenzehntes Kapitel.

Von Endigung des Streites durch Vergleich, Kompromiß und das Loos, dann den Streitkosten und Schäden.

Achtzehntes Kapitel.

Von der Exekution.

Neunzehntes Kapitel.

Von dem Konkursprozesse.

Vergleichung

der Seitenzahlen in der ersten und zweiten Auflage

des vierten Bandes des Kommentars.

1. Auflage.	2. Auflage.
S. 3	S. 3
„ 4	„ 4, 5
„ 5	„ 5, 6
„ 6	„ 6, 7
„ 7	„ 7, 8
„ 8	. 8, 9
„ 9	„ 9—11
„ 10	„ 11, 12
„ 11	„ 12, 13
„ 12	„ 13, 14
„ 13	„ 14, 15
„ 14	„ 16
„ 15	„ 17, 18
„ 16	„ 18, 19
„ 17	„ 19, 20
„ 18	„ 20, 21
„ 19	„ 21—23
„ 20	„ 23, 24
„ 21	„ 24, 25
„ 22	„ 25, 26
„ 23	„ 26, 27
„ 24	„ 28
„ 25	„ 28, 29
„ 26	„ 30

1. Auflage.	2. Auflage.
S. 27	S. 31, 32
„ 28	„ 32, 33
„ 29	„ 33, 34
„ 30	„ 34, 35
„ 31	„ 35, 36
„ 32	„ 36, 37
„ 33	„ 37, 38
„ 34	„ 38—40
„ 35	„ 40, 41
„ 36	„ 41, 42
„ 37	„ 42, 43
„ 38	„ 43, 44
„ 39	„ 44, 45
„ 40	„ 45, 46
„ 41	„ 46—48
„ 42	„ 48, 49
„ 43	„ 49, 50
„ 44	„ 50, 51
„ 45	„ 52
„ 46	„ 53, 54
„ 47	„ 55, 56
„ 48	„ 56, 57
„ 49	„ 57, 58
„ 50	„ 58, 59

1. Auflage.	2. Auflage.	1. Auflage.	2. Auflage.
S. 51	S. 59, 60	S. 98	S. 114—116
„ 52	„ 60, 61	„ 99	„ 116, 117
„ 53	„ 61, 62	„ 100	„ 117—119
„ 54	„ 62, 63	„ 101	„ 119, 120
„ 55	„ 64, 65	„ 102	„ 120, 121
„ 56	„ 65, 66	„ 103	„ 122
„ 57	„ 66, 67	„ 104	„ 123, 124
„ 58	„ 67, 68	„ 105	„ 124, 125
„ 59	„ 68, 69	„ 106	„ 125—127
„ 60	„ 69, 70	„ 107	„ 127, 128
„ 61	„ 70, 71	„ 108	„ 128, 129
„ 62	„ 71, 72	„ 109	„ 129, 130
„ 63	„ 72—74	„ 110	„ 131, 132
„ 64	„ 74	„ 111	„ 133—135
„ 65	„ 75, 76	„ 112	„ 135, 136
„ 66	„ 76, 77	„ 113	„ 136, 137
„ 67	„ 77, 78	„ 114	„ 137, 138
„ 68	„ 78, 79	„ 115	„ 138, 139
„ 69	„ 79, 80	„ 116	„ 139, 140
„ 70	„ 80, 81	„ 117	„ 141, 142
„ 71	„ 81, 82	„ 118	„ 142, 143
„ 72	„ 82, 83	„ 119	„ 143, 144
„ 73	„ 83, 84	„ 120	„ 144, 145
„ 74	„ 84, 85	„ 121	„ 146, 147
„ 75	„ 85, 86	„ 122	„ 147—149
„ 76	„ 86—88	„ 123	„ 149, 150
„ 77	„ 88, 89	„ 124	„ 150, 151
„ 78	„ 89, 90	„ 125	„ 151, 152
„ 79	„ 90, 91	„ 126	„ 152, 153
„ 80	„ 91, 92	„ 127	„ 153, 154
„ 81	„ 93, 94	„ 128	„ 154, 155
„ 82	„ 94, 95	„ 129	„ 155, 156
„ 83	„ 95—97	„ 130	„ 157, 158
„ 84	„ 97, 98	„ 131	„ 158, 159
„ 85	„ 98, 99	„ 132	„ 159—161
„ 86	„ 99, 100	„ 133	„ 161, 162
„ 87	„ 100, 101	„ 134	„ 162, 163
„ 88	„ 102, 103	„ 135	„ 164
„ 89	„ 103—105	„ 136	„ 165, 166
„ 90	„ 105, 106	„ 137	„ 166, 167
„ 91	„ 106, 107	„ 138	„ 167—169
„ 92	„ 107, 108	„ 139	„ 169, 170
„ 93	„ 108, 109	„ 140	„ 170—172
„ 94	„ 110, 111	„ 141	„ 172, 173
„ 95	„ 111, 112	„ 142	„ 173, 174
„ 96	„ 112, 113	„ 143	„ 174, 175
„ 97	„ 113, 114	„ 144	„ 175, 176

1. Auflage.	2. Auflage.
S. 147	S. 179, 180
„ 148	„ 180, 181
„ 149	„ 181, 182
„ 150	„ 182, 183
„ 151	„ 184
„ 152	„ 184—186
„ 153	„ 186
„ 154	„ 187, 188
„ 155	„ 188, 189
„ 156	„ 189, 190
„ 157	„ 190, 191
„ 158	„ 191, 192
„ 159	„ 193
„ 160	„ 194
„ 161	„ 195, 196
„ 162	„ 196, 197
„ 163	„ 197, 198
„ 164	„ 198, 199
„ 165	„ 199, 200
„ 166	„ 201
„ 167	„ 201, 202
„ 168	„ 203
„ 169	„ 204, 205
„ 170	„ 205, 206
„ 171	„ 206, 207
„ 172	„ 207
„ 173	„ 208, 209
„ 174	„ 209, 210
„ 175	„ 211
„ 176	„ 211, 212
„ 177	„ 213, 214
„ 178	„ 214, 215
„ 179	„ 215, 216
„ 180	„ 217
„ 181	„ 218, 219
„ 182	„ 219, 220
„ 183	„ 220, 221
„ 184	„ 221—223
„ 185	„ 223
„ 186	„ 224, 225
„ 187	„ 225, 226
„ 188	„ 226, 227
„ 189	„ 227—229
„ 190	„ 229, 230
„ 191	„ 230, 231
„ 192	„ 231, 232
„ 193	„ 233

1. Auflage.	2. Auflage.
S. 194	S. 234
„ 195	„ 235, 236
„ 196	„ 236, 237
„ 197	„ 237, 238
„ 198	„ 239, 240
„ 199	„ 240, 241
„ 200	„ 241, 242
„ 201	„ 243
„ 202	„ 244
„ 203	„ 245, 246
„ 204	„ 246, 247
„ 205	„ 247, 248
„ 206	„ 248, 249
„ 207	„ 249, 250
„ 208	„ 250, 251
„ 209	„ 252, 253
„ 210	„ 253, 254
„ 211	„ 254, 255
„ 212	„ 255
„ 213	„ 256, 257
„ 214	„ 257, 258
„ 215	„ 258, 259
„ 216	„ 259, 260
„ 217	„ 261
„ 218	„ 261, 262
„ 219	„ 263
„ 220	„ 264
„ 221	„ 265, 266
„ 222	„ 266, 267
„ 223	„ 267, 268
„ 224	„ 268, 269
„ 225	„ 269, 270
„ 226	„ 270, 271
„ 227	„ 271, 272
„ 228	„ 272—274
„ 229	„ 274, 275
„ 230	„ 275, 276
„ 231	„ 276—278
„ 232	„ 278, 279
„ 233	„ 280
„ 234	„ 280, 281
„ 235	„ 281, 282
„ 236	„ 282, 283
„ 237	„ 283—285
„ 238	„ 285, 286
„ 239	„ 286, 287
„ 240	„ 287, 288

1. Auflage.	2. Auflage.
S. 241	S. 288, 289
„ 242	„ 289, 290
„ 243	„ 290
„ 244	„ 291, 292
„ 245	„ 292, 293
„ 246	„ 293, 294
„ 247	„ 294, 295
„ 248	„ 295, 296
„ 249	„ 296—298
„ 250	„ 298, 299
„ 251	„ 299, 300
„ 252	„ 300, 301
„ 253	„ 301, 302
„ 254	„ 302, 303
„ 255	„ 304
„ 256	„ 305, 306
„ 257	„ 306, 307
„ 258	„ 307, 308
„ 259	„ 308, 309
„ 260	„ 309, 310
„ 261	„ 310, 311
„ 262	„ 312, 313
„ 263	„ 313, 314
„ 264	„ 314, 315
„ 265	„ 315, 316
„ 266	„ 316, 317
„ 267	„ 317, 318
„ 268	„ 318, 319
„ 269	„ 319, 320
„ 270	„ 320, 321
„ 271	„ 321, 322
„ 272	„ 323
„ 273	„ 324
„ 274	„ 325, 326
„ 275	„ 326
„ 276	„ 327, 328
„ 277	„ 328, 329
„ 278	„ 329, 330
„ 279	„ 331
„ 280	„ 331, 332
„ 281	„ 332, 333
„ 282	„ 333—335
„ 283	„ 335, 336
„ 284	„ 336, 337
„ 285	„ 337, 338
„ 286	„ 338, 339
„ 287	„ 339, 340

1. Auflage.	2. Auflage.
S. 288	S. 340, 341
„ 289	„ 341—343
„ 290	„ 343, 344
„ 291	„ 344, 345
„ 292	„ 345, 346
„ 293	„ 347, 348
„ 294	„ 348, 349
„ 295	„ 349, 350
„ 296	„ 350, 351
„ 297	„ 351, 352
„ 298	„ 353, 354
„ 299	„ 354, 355
„ 300	„ 355, 356
„ 301	„ 356, 357
„ 302	„ 357, 358
„ 303	„ 358, 359
„ 304	„ 360
„ 305	„ 360, 361
„ 306	„ 361—363
„ 307	„ 363, 364
„ 308	„ 364, 365
„ 309	„ 365, 366
„ 310	„ 366, 367
„ 311—313	„ 367
„ 314	„ 368
„ 315	„ 368, 369
„ 316	„ 369, 370
„ 317	„ 371
„ 318	„ 372, 373
„ 319	„ 373, 374
„ 320	„ 374, 375
„ 321	„ 375, 376
„ 322	„ 376, 377
„ 323	„ 377, 378
„ 324	„ 379, 380
„ 325	„ 380, 381
„ 326	„ 381, 382
„ 327	„ 383
„ 328	„ 384
„ 329—330	„ 385, 386
„ 331	„ 387
„ 332	„ 388
„ 333	„ 389, 390
„ 334	„ 390, 391
„ 335	„ 391, 392
„ 336	„ 392, 393
„ 337	„ 393, 394

1. Auflage.	2. Auflage.	1. Auflage.	2. Auflage.
S. 338	S. 395, 396	S. 389	S. 448, 449
„ 339	„ 396, 397	„ 390	„ 449, 450
„ 340	„ 398, 399	„ 391	„ 450, 451
„ 341	„ 399, 400	„ 392	„ 451, 452
„ 342	„ 400, 401	„ 393	„ 452, 453
„ 343	„ 401, 402	„ 394	„ 453—455
„ 344	„ 402	„ 395	„ 455, 456
„ 345	„ 402, 403	„ 396	„ 456, 457
„ 346	„ 404	„ 397	„ 457, 458
„ 347	„ 405, 406	„ 398	„ 458, 459
„ 348	„ 406, 407	„ 399	„ 460
„ 349	„ 407, 408	„ 400	„ 461, 462
„ 350	„ 408, 409	„ 401	„ 462
„ 351	„ 410, 411	„ 402	„ 463, 464
„ 352	„ 411, 412	„ 403	„ 464—466
„ 353	„ 412, 413	„ 404	„ 466, 467
„ 354	„ 413, 414	„ 405	„ 467, 468
„ 355	„ 414, 415	„ 406	„ 469, 470
„ 356	„ 415, 416	„ 407	„ 470, 471
„ 357	„ 416, 417	„ 408	„ 471, 472
„ 358—361	„ 417, 418	„ 409	„ 472, 473
„ 362, 363	„ 418	„ 410	„ 473, 474
„ 364	„ 418, 419	„ 411	„ 474, 475
„ 365	„ 419, 420	„ 412	„ 476
„ 366	„ 420, 421	„ 413	„ 476, 477
„ 367	„ 421, 422	„ 414	„ 478
„ 368	„ 422, 423	„ 415	„ 479
„ 369	„ 424	„ 416	„ 480, 481
„ 370	„ 425, 426	„ 417	„ 481, 482
„ 371	„ 426, 427	„ 418	„ 482, 483
„ 372	„ 427, 428	„ 419	„ 483, 484
„ 373	„ 428, 429	„ 420	„ 484, 485
„ 374	„ 430, 431	„ 421	„ 486
„ 375	„ 431, 432	„ 422	„ 487
„ 376	„ 432, 433	„ 423	„ 488, 489
„ 377	„ 433, 434	„ 424	„ 489, 490
„ 378	„ 434, 435	„ 425	„ 490, 491
„ 379	„ 435, 436	„ 426	„ 491, 492
„ 380	„ 437, 438	„ 427	„ 492, 493
„ 381	„ 438, 439	„ 428	„ 493, 494
„ 382	„ 439, 440	„ 429	„ 494, 495
„ 383	„ 440, 441	„ 430	„ 495—497
„ 384	„ 441, 442	„ 431	„ 497, 498
„ 385	„ 442, 443	„ 432	„ 498, 499
„ 386	„ 444, 445	„ 433	„ 499, 500
„ 387	„ 445, 446	„ 434	„ 500.
„ 388	„ 446, 447		

1. Auflage.	2. Auflage.
S. 338	S. 395, 396
„ 339	„ 396, 397
„ 340	„ 398, 399
„ 341	„ 399, 400
„ 342	„ 400, 401
„ 343	„ 401, 402
„ 344	„ 402
„ 345	„ 402, 403
„ 346	„ 404
„ 347	„ 405, 406
„ 348	„ 406, 407
„ 349	„ 407, 408
„ 350	„ 408, 409
„ 351	„ 410, 411
„ 352	„ 411, 412
„ 353	„ 412, 413
„ 354	„ 413, 414
„ 355	„ 414, 415
„ 356	„ 415, 416
„ 357	„ 416, 417
„ 358—361	„ 417, 418
„ 362, 363	„ 418
„ 364	„ 418, 419
„ 365	„ 419, 420
„ 366	„ 420, 421
„ 367	„ 421, 422
„ 368	„ 422, 423
„ 369	„ 424
„ 370	„ 425, 426
„ 371	„ 426, 427
„ 372	„ 427, 428
„ 373	„ 428, 429
„ 374	„ 430, 431
„ 375	„ 431, 432
„ 376	„ 432, 433
„ 377	„ 433, 434
„ 378	„ 434, 435
„ 379	„ 435, 436
„ 380	„ 437, 438
„ 381	„ 438, 439
„ 382	„ 439, 440
„ 383	„ 440, 441
„ 384	„ 441, 442
„ 385	„ 442, 443
„ 386	„ 444, 445
„ 387	„ 445, 446
„ 388	„ 446, 447

1. Auflage.	2. Auflage.
S. 389	S. 448, 449
„ 390	„ 449, 450
„ 391	„ 450, 451
„ 392	„ 451, 452
„ 393	„ 452, 453
„ 394	„ 453—455
„ 395	„ 455, 456
„ 396	„ 456, 457
„ 397	„ 457, 458
„ 398	„ 458, 459
„ 399	„ 460
„ 400	„ 461, 462
„ 401	„ 462
„ 402	„ 463, 464
„ 403	„ 464—466
„ 404	„ 466, 467
„ 405	„ 467, 468
„ 406	„ 469, 470
„ 407	„ 470, 471
„ 408	„ 471, 472
„ 409	„ 472, 473
„ 410	„ 473, 474
„ 411	„ 474, 475
„ 412	„ 476
„ 413	„ 476, 477
„ 414	„ 478
„ 415	„ 479
„ 416	„ 480, 481
„ 417	„ 481, 482
„ 418	„ 482, 483
„ 419	„ 483, 484
„ 420	„ 484, 485
„ 421	„ 486
„ 422	„ 487
„ 423	„ 488, 489
„ 424	„ 489, 490
„ 425	„ 490, 491
„ 426	„ 491, 492
„ 427	„ 492, 493
„ 428	„ 493, 494
„ 429	„ 494, 495
„ 430	„ 495—497
„ 431	„ 497, 498
„ 432	„ 498, 499
„ 433	„ 499, 500
„ 434	„ 500.

Fünfzehntes Kapitel.

Von den Appellationen und Revisionen.

Fünfzehntes Kapitel.

Von den Appellationen und Revisionen.

§. 1.

Was die Appellation sei und wie man dieselbe einwende.

Appellation (Berufung) heißt das ordentliche Rechtsmittel, durch welches ein vorgesetztes Gericht angerufen wird, der von einem untergeordneten Gerichte angeblich zugefügten Beschwerde abzuhelfen [1]). In Bayern giebt es außer der Appellation kein ordentliches Rechtsmittel, indem das „Revision" genannte Rechtsmittel nicht Anderes ist, als eine Appellation an die dritte Instanz. (S. unten §. 12.)

Der Appellant beschwert sich „bei dem obern Richter „gegen den untern über sein ungerechtes oder nichtiges „Verfahren" [2]). Unter dem „Verfahren" sind vorzugs-

1) Martin's Lehrbuch §. 283 und Bayer's Vorträge ed. VIII §. 306; Linde im Lehrbuch §. 401 und im Handbuch IV §. 30 f.; Heffter System des Civilprozeßrechts ed. II S. 526.

2) Ulpianus de edendo Tit. de Appell. Appellare nihil aliud est, quam judicis sententiam iniquam ostendere." — Ob die beschwerende Verfügung in dem Urtheilssatze ausdrücklich oder stillschweigend enthalten ist, macht keinen

weise die richterlichen Urtheile gemeint. Auch gegen diejenigen Urtheile, welche mit Nichtigkeiten behaftet sind, findet das ordentliche Rechtsmittel der Appellation statt, indem bei s. g. heilbaren Nichtigkeiten Abhülfe nur im Wege der Appellation gesucht werden kann [3]), und auch bei unheilbaren Nichtigkeiten dem Beschwerten unverwehrt ist, den Weg des ordentlichen Rechtsmittels zu betreten [4]).

Die Beschwerdeführung muß förmlich geschehen; „eine „unförmliche Beschwerde, welche der vorgeschriebenen Ord„nung nicht durchgehends conform ist, wird für nicht ge„schehen erachtet."

Unterschied. Das Letztere ist z. B. der Fall, wenn der Richter von geforderten 600 fl. nur 150 zuerkannt hat. In dieser Zuerkennung ist, wenn nichts Anderes bestimmt, die Aberkennung der übrigen 450 fl. stillschweigend enthalten. — Wer aber durch den Urtheilssatz nicht beschwert ist, kann kein Rechtsmittel ergreifen. Ist z. B. die von dem Beklagten entgegengesetzte Kompensationseinrede in den Entscheidungsgründen für unbegründet erklärt, derselbe aber auf dem Grunde einer anderen Einrede von der Klage entbunden, so kann er wegen jenes in den Motiven vorkommenden Ausspruchs über die Gegenforderung nicht Beschwerde führen, hat aber folgeweise auch nicht zu besorgen, daß dieser Ausspruch, bei selbstständiger Geltendmachung der Gegenforderung, Rechtskraft gegen ihn äußere. — Von eventueller Adhäsion bezüglich solcher Aussprüche in den Motiven — s. unten §. 9, III, Nr. 5.

3) GO. XVI §. 2 Nr. 4.

4) Martin im Lehrbuch §. 277 Note c; Linde Handbuch IV §. 144. Unterliegt der Beschwerte mit der Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes im Berufungswege, so kann der zurückgewiesene Grund nicht noch einmal (durch Nullitätsquerel) zur Erörterung gebracht werden. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 14, Bd. XVII S. 40, Bd. XIX S. 238, Bd. XX S. 335. Vgl. Kap. XVI §. 2, II a. E.

Das Verfahren der Appellationsinstanz nach bayerischem Rechte ist von dem gemeinrechtlichen [5]) wesentlich verschieden. Einwendung, Einführung und Rechtfertigung fallen in eine Handlung zusammen, welche innerhalb der Nothfrist bei dem Gerichte I. Instanz entweder durch Einreichung der Berufungsschrift oder Erklärung zu Protokoll gepflogen wird. Die Vorschrift der Gerichtsordnung, nach welcher die Appellation „gleich bei dem höheren Richter selbst" eingelegt werden soll, ist durch neuere Gesetze entkräftet [6]).

§. 2.

Wer appelliren könne.

„Nicht nur von den streitenden Theilen [1]), oder ihren „rechtmäßigen Vertretern, sondern auch von einem Dritten, „soweit ihn das Gravamen direkt oder indirekt mit zu be„treffen scheint, kann die Appellation sowohl beistandsweise, „als für sich selbst, wenn gleich die Hauptpartei dieselbe „gänzlich unterließe, allerdings ergriffen werden."

Die Appellation eines Dritten [1a]) hat die Natur einer Intervention [2]), und ist demgemäß durch ein rechtliches

5) Hierüber vgl. Martin Lehrbuch §. 278 ff. §. 286 ff. und Bayer in den Vorträgen Aufl. VIII §. 316 ff.; Linde §§ 404 ff.

6) Nov. von 1819 §. 23. Vgl. Gönner Komment. zu dieser Gesetzstelle.

1) Ueber Appellation des der Klage nicht widersprechenden Beklagten vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 250. — Ueber Appellation gegen Ehescheidungsurtheile, wegen Nichtverbots der Wiederverehelichung — s. ebd. Bd. I S. 419.

1a) Linde im Handbuch IV §. 145—48.

2) Von dem Falle, wenn der sich Einmischende ein direkt Betheiligter ist, wird in der GO. und den Anmerk. der Ausdruck „Intervention" nicht gebraucht. Vgl. Bd. II S. 414

Interesse bedingt, welches der Dritte an dem Ausgange des Prozesses hat. Wer sich in erster Instanz einzumischen nicht befugt wäre, kann natürlich diese Befugniß auch in zweiter und dritter Instanz nicht haben. Die über die Bedingungen und Gränzen der Intervention in Bd. II S. 413—15 Nr. 1 vorgetragenen Grundsätze kommen auch hier zur Anwendung [3]); nicht minder, was a. a. O.

— 17 Nr. 2. Der Sache nach ist auch hier eine Intervention, d. h. eine Einmischung in einen bisher zwischen anderen Personen verhandelten Prozeß vorhanden.

3) Nach den in Kreittmayr's Anmerk. zu vorliegendem §en enthaltenen Excerpten aus Lauterbach würde zwar die Intervention in den höheren Instanzen minder enge Gränzen haben, als die in der ersten; sie würde auch in Fällen Platz greifen können, wo der Dritte keinen Schaden oder Nutzen von dem Urtheile zu besorgen hat. — Aber diese Theorie Lauterbach's widerstreitet sowohl der hier zu erläuternden Gesetzesvorschrift, als dem Ergebnisse der Auslegungsregel, nach welcher mehrere zusammengehörige Stellen der Gesetzgebung so zu deuten sind, daß sie miteinander im Einklange stehen. Nimmt man bei Auslegung des §. 2 Kap. XV die gebührende Rücksicht auf Kap. VIII §. 4 Nr. 1, so ergiebt sich die Richtigkeit der im Texte vorgetragenen Ansicht, und das von Kreittmayr Vorgetragene muß, als Mittheilung aus dem gemeinen Rechte (vgl. Bd. I S. 26 f.), in den Hintergrund treten. —

In Realgewerbssachen sind Gewerbsgenossen und Gewerbsvereine nicht befugt, gegen einen im Konstatirungsverfahren erlassenen Ausspruch des Untergerichts zu appelliren. Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 205 Nr. 2, Bd. V S. 10 Note 26, S. 189 Nr. 6, Bd. VII S. 315 Nr. 2, Bd. XI S. 54. — Der Litisdenunciat, welcher seine Theilnahme am Streite versagt hat, kann in der Sache nicht appelliren. Bl. f. RA. Bd. V S. 48 Nr. 10. Die Berufungs-

S. 416 Nr. 3 von der Bescheinigung des obwaltenden Interesse gesagt wurde.

Wenn der Dritte das Rechtsmittel nicht blos beistandsweise, sondern „für sich selbst" ergreift, so liegt ihm ob, das in Ansehung der Nothfrist und sonstiger Förmlichkeiten Verordnete zu beobachten. Will er der von einer der Hauptparteien ergriffenen Appellation blos adhäriren, so gelten für ihn die hierüber in §. 9 gegebenen Vorschriften [4]).

§. 3.

In welchen Sachen keine Appellation statt habe [1]).

I.

Unzulässigkeit der Berufung gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide [2]).

Nach der Gerichtsordnung (Nr. 1) war die Berufung selbst gegen „interlocutorias simplices" zulässig,

befugniß des beistandsweise mithandelnden Litisdenunciaten ist durch Ergreifung des Rechtsmittels von Seite des Litisdenuncianten nicht bedingt. Bl. f. RA Bd. XII S. 96.

4) Vgl. unten §. 9 Nr. 5 und Kreittmayr in den Anmerk. zu §. 2 a. E. — Der Satz, daß die Principalappellation des Dritten an die Einhaltung der Nothfrist gebunden sei, setzt natürlich voraus, daß ihm von dem Urtheil, etwa zufolge GO. VIII §. 4 Nr. 5, Nachricht gegeben worden. Außerdem läuft ihm keine Nothfrist, und seine Appellation muß zugelassen werden, sofern sie nur vor Erlassung der Berufungssentenz einkommt.

1) Ueber Nr. 2 dieses §en s. Bd. II S. 45 Nr. 8; über Nr. 3 s. unten lit. g. Nr. 8; über Nr. 4 unten den Abschnitt Nr. II. — Nr. 5 liegt außer der Sphäre dieses Kommentars; der Fall von Nr. 9 fällt unter den §. 51 der Novelle von 1837.

2) In Ansehung des gemeinen Rechts vgl. Martin Lehrb.

„welche ein merkliches Präjudiz nach sich ziehen.“ Gönner [3]) bemerkt: Jedes Kommunikativdekret, jede Bewilligung, Beschränkung oder Versagung eines Termins, jeder Kontumazialbescheid, kurz Alles war appellabel, denn an einem Vorwand für ein merkliches Präjudiz fehlte es nicht. Diesem Uebelstande abzuhelfen, stellt die neuere Gesetzgebung [4]) die Regel auf:

„Wegen einfacher Dekrete und Zwischenbescheide findet „keine Appellation statt [4a]).“

Zur Erläuterung dieser Vorschrift heißt es in Gönner's Kommentar [5]): „Unter einfachen Dekreten ist jede richterliche Entschließung oder Verfügung zu verstehen, welche auf einseitigen Antrag einer Partei ohne Vernehmung des Gegentheils erfolgt. Ob solche Dekrete nur den Prozeßgang betreffen [6]), oder ob sie auf die Sache und die Verhältnisse der Parteien, wie provisorische Verfügungen, Arreste, Sequestrationen und dgl., einen Einfluß haben, dieses bringt keine Veränderung hervor.“ Im Sinne des Gesetzes gehören selbst Gerichtsbeschlüsse, durch welche eine Klage von der Gerichtsschwelle definitiv oder bedingt abgewiesen wird, zu den einfachen

§. 277 Note 1 mit Bayer's Vorträgen ed. VIII §. 307 f.; Linde Lehrb. §. 412 und Handbuch IV §. 31–37; Heffter a. a. O. §. 442 S. 531, §. 459 S. 555.

3) Komment. zur Nov. von 1819 S. 246.

4) Nov. von 1819 §. 18, Nov. v. 1837 §. 51. — Vgl. in Bezug auf die Handelsgerichte zu Nürnberg — Bl. f. RA. Bd. XVI S. 289.

4a) Beschwerdeführung im Wege der Adhäsion ist damit nicht ausgeschlossen. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 363. Bd. XX S. 88*. S. unten Note 53 a. E.

5) S. 260.

6) Vgl. Bd. III S. 429 Note 1.

Dekreten; indem die in Nov. v. 1837 §. 52 Nr. 1 enthaltene Vorschrift, welche Klagabweisungen der bezeichneten Art für appellabel erklärt, als eine Ausnahme von der im §. 51 verordneten Regel der Inappellabilität einfacher Dekrete [7]) aufgeführt wird.

Entschließungen und Verfügungen im *Laufe des Prozesses* über Fragen, worüber *beiden Theilen rechtliches Gehör verstattet* [8]) *war*, heißen *Zwischenbescheide*.

Unter die Regel des §. 51 fallen insbesondere die den Gang des Rechtsstreites leitenden Dekrete (Ladungen, Kommunikationen, Notifikationen), die Entschließungen über Zulassung eines Vertreters im Prozesse [9]), so wie über Fristenbewilligung oder Verweigerung, die Präklusiv- und Kontumazialdekrete bezüglich einzelner Prozeßhandlungen [10]), die Gerichtsbeschlüsse über Restitutionsgesuche im

7) Es ist allerdings eine arge Anomalie, die richterlichen Beschlüsse, durch welche eine Klage von der Gerichtsschwelle definitiv abgewiesen wird, als einfache Dekrete, als *gleichartig mit einem Kommunikativ-Dekrete*, darzustellen. Aber die Anomalie wäre noch ärger, wollte man solche definitive Klagabweisungen als *Zwischen*bescheide qualificiren. — Daß hier jedenfalls eine sehr bedeutende Versündigung gegen die Logik vorliege, wird Niemand verkennen.

8) Darauf, ob beide Theile diese Verstattung benützt haben, kommt es nicht an.

9) OAGE. vom 20. Januar 1843 Nr. 1578$^{11}/_{12}$. — S. jedoch unten §. 5 zu Note 40.

10) Nov. 1837 §. 56: „Gegen Kontumazialurtheile findet Appellation nur statt, wenn zugleich in der Hauptsache erkannt wurde, und entweder darüber, daß das Eintreten des Ungehorsams angenommen, oder daß an den Ungehorsam gesetz-

Laufe des Verfahrens [11]), die Zwischenentscheidungen über Statthaftigkeit oder Unzulässigkeit einzelner Einreden, Beweismittel oder Beweisartikel [12]), die sog. Vorbescheide (Präloküte) wegen beizubringender Legitimationsbehelfe oder Bescheinigungen [13]), die Verfügungen, welche die Zulässigkeit einer Streitverkündung betreffen, oder welche die Theilnahme eines Dritten am Verfahren auf dem Grunde der Intervention oder Reassumtion zulassen [13a]).

Dagegen ist ein Fall der im §. 51 aufgestellten Regel nicht gegeben:

a) Bei Verfügungen, welche die Intervention oder Reassumtion von Seite eines Dritten nach vorgängiger Verhandlung [14]) zurückweisen, indem eine solche Aus-

widrige Folgen geknüpft worden, Beschwerde geführt wird." — Den Kontumazialurtheilen, welche zugleich in der Hauptsache erkennen, stehen die oberrichterlichen Desertionserkenntnisse gleich. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 79—80. S. auch ebd. Bd. X S. 67, 190 und unten Komment. zu §. 11 Nr. 1 a. E.

11) Auch der auf eine nachgesuchte restit. contra sent. ergehende Ausspruch: die Restitution sei statthaft, der Noveneid abzulegen und zur Vernehmung der neuen Zeugen zu schreiten. OAGE. v. 5. April 1841 Nr. $1402^{39}/_{40}$. Vgl. Nr. $739^{10}/_{41}$ Bl. f. RA. Bd. VII S. 22—24, Bd. XVIII S. 16*.

12) S. unten Note 35. OAGE. v. 1. Dez. 1841 Nr. $984^{10}/_{41}$. Hieher gehören auch Bescheide betr. die Art der Beeidigung eines jüdischen Zeugen. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 191.

13) S. unten Note 38. Vgl. jedoch auch den Text zu Note 17.

13a) Ueber die Frage der Berufungszulässigkeit bei Bescheiden, welche den beabsichtigten Austritt eines Streitgenossen für unstatthaft erklären — s. Bl. f. RA. Bd. X S. 336.

14) Vgl. Bl. f. RA. Bd. X S. 335 Nr. 2. Von der Zurückweisung ohne Einleitung des Verfahrens s. unten lit. g. Nr. 1.

schließung vom Verfahren einer Klagabweisung gleichzuachten ist.

b) Verweisung einzelner Klagpunkte [15]) zur besonderen Austragung nach gepflogenem Verfahren ausgesprochen [16]), ist (als partielle Abweisung der Klage, wie sie angebracht wurde) nicht Zwischen-, sondern Endbescheid. Als solcher ist auch der Beschluß zu betrachten, durch welchen die Fortsetzung und Erledigung einer anhängigen Rechtssache bis zum Ausgange einer anderen, z. B. der Interventionssache, oder bis zur Bewerkstelligung einer aufgetragenen Urkundenedition oder Legitimationsergänzung u. dgl. vertagt wird; indem eine solche Vertagung einem Erkenntnisse gleichsteht, welches die Klage zur Zeit abweist [17]).

c) Die Eigenschaft eines Enderkenntnisses wird nicht dadurch verändert, daß noch eine Liquidationsinstanz vorbehalten bleibt [18]), oder daß zum Vollzuge des Ausspruchs noch ein Präklusivdekret in Aussicht steht. Im Provokationsprozesse hat der nach gepflogenem Verfahren ergehende Ausspruch, welcher dem Provokaten die Klagstellung bei Vermeidung ewigen Stillschweigens aufgiebt,

15) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 93. — Von der Verweisung einer Widerklage ad separatum s. unten lit. g. Nr. 3 Note 37.

16) Von dem Falle, wenn diese Verweisung sofort auf Einreichung der Klage erfolgt, s. unten Note 30.

17) OAGAkt. Nr. $633^{38}/_{39}$, $1137^{55}/_{56}$ — Bl. f. RA. Bd. II S. 156, Bd. VIII S. 61; Bd. XV S. 364 f.; Bd. XVIII S. 237. Ist jedoch ein solcher Beschluß auf Einreichung der Intervention ergangen, ohne die Interventen darüber zu hören, so müssen diese vorgängig der Appellation remonstriren. Nov. von 1837 §. 55.

18) Vgl. Komment. Bd. III S. 456—8. Nr. 4.

die Eigenschaft des Endurtheils, wenn gleich, im Falle die Hauptklage von Seite des Provokaten nicht rechtzeitig einkommt, auf Antrag des Provokanten noch die Verwirklichung des Präjudizes auszusprechen ist [19]).

d) Durch Verbindung eines Enderkenntnisses über einzelne Klagpunkte mit Zwischenbescheiden über andere wird die sofortige Appellabilität jenes definitiven Ausspruches nicht aufgehoben. Vgl. unten S. 24 f.

e) Provisorische Verfügungen, welche im Laufe eines Prozesses bezüglich seines Gegenstandes nach Vernehmung beider Theile ergehen, werden nicht als in diesem Hauptprozesse erlassene Zwischenbescheide betrachtet, sondern als Endbescheide [20]) in dem besonderen Streite (Incidentsache) über das Provisorium. Die selbstständige Appellabilität dieser Bescheide (jedoch mit beschränkter Suspensivkraft) ist um so weniger zu bezweifeln, als Beschlüsse, wodurch eine provisorische Verfügung getroffen wird, in §. 54 Nr. 4 der Novelle von 1837, unter denjenigen Erkenntnissen aufgeführt werden, bei welchen, die Gleichförmigkeit der Aussprüche erster und zweiter Instanz vorausgesetzt, nur die Appellation an die dritte Instanz ausgeschlossen ist [21]).

f) Beschlüsse, welche nur auf den Antrag eines Theils zum Nachtheil des anderen ergangen sind [22]), fallen des-

19) S. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 129 ff; Bd. XIV S. 382.

20) Beweisinterlokute sollten in dem Verfahren über ein beantragtes Provisorium gar nicht vorkommen, sondern nur inappellable s. g. Prälokute. S. unten Note 38.

21) Vgl. Komment. Bd II S. 45 Nr. 8.

22) Ohne Unterschied, ob in erster oder zweiter Instanz; z. B. ein Antrag auf Arrestverhängung war in erster Instanz von der Gerichtsschwelle abgewiesen worden, in zweiter Instanz wird demselben, ohne daß noch Implorat gehört worden,

wegen nicht unter die Regel des §. 51, weil hier der Implorat sich vorerst der Remonstration [22a]) bei demselben Gerichte zu bedienen hat, und die Berufung an den höheren Richter erst, wenn die Remonstration fruchtlos bleibt, in Frage kommen kann [23]). In diesem Falle hängt es sodann von der Beschaffenheit der ungeachtet der Gegenvorstellung aufrecht erhaltenen Verfügung ab, ob Berufung zulässig oder nicht. Besteht z. B. diese Verfügung in Anordnung eines Provisoriums, so findet nunmehr Berufung statt. Fälle anderer Art [24]) siehe in Bd. III S. 431 f., insbesondere Note 6, 7.

stattgegeben. Nicht in zweiter, sondern in erster Instanz ist hier die Remonstration anzubringen. OAGE. in Nr. 393$^{13}/_{41}$. Vgl. Note 36. Bl. f. RA. Bd. IX S. 343; Bd. X S. 14, 127.

22a) Ueber Zeitbestimmung bei Remonstrationen vgl. Bd. III S. 431 f. mit Bl. f. RA. Bd. XX S. 62.

23) Nov. von 1837 §. 55. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 79. Keinen Unterschied macht es, daß die auf einseitigen Antrag erlassene Verfügung in einem die Sache selbst betreffenden Mandate besteht. — Vorliegende Vorschrift findet z. B. Anwendung, im Falle auf eine Provokationsklage sofort dekretirt wurde, Provokat habe binnen vorgesteckter Frist bei Vermeidung ewigen Stillschweigens die Hauptklage anzustellen. Vgl. Bd. II S. 165 mit Bl. f. RA. Bd. VI S. 112. — S. auch OAGE. vom 17. Febr. 1843. Nr. 84$^{12}/_{13}$. Von der Verbindung eventueller Berufung mit der Remonstration s. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 30. — Ueber die Unanwendbarkeit obigen Satzes im Merkantilprozesse s. ebd. Bd. XVIII S. 357.

24) Wenn auf eine Remonstration gegen das den Exekutivprozeß einleitende Dekret verfügt wurde, daß es bei dieser Einleitung sein Bewenden habe, so ist hiergegen nach dem OAGE. in Nr. 371$^{13}/_{41}$ die Berufung für zulässig zu achten. (Ob ein solches Beharren auf dem prozeßeinleitenden Dekrete als

g) Von der in §. 51 der Novelle von 1837 aufgestellten Regel sind nach Vorschrift des §. 52 ausgenommen:

1) „Bescheide [25]), wodurch die Klage oder Widerklage [26]), oder die Aufforderung zum Klagen oder zum „Repliziren (Cod. jud. cap. IV §§. 5 und 6) oder die „Streitverkündung, oder die Intervention [27]), oder die „Nennung des Auctors (Cod. jud. cap. VIII §. 3), oder „das Gerichtsverbittungsgesuch [28]), oder das Gesuch um „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [29]) ohne weitere

Erkenntniß über die Prozeßart anzusehen sei, muß wohl beweifelt werden, weil dasselbe auch als bloße Vertagung des Ausspruchs gedeutet werden kann.)

25) Vgl. hiezu die oben in Note 7 gemachte Bemerkung. Daß hier die Vorschrift Nr. 1 mit den folgenden zusammengestellt wird, als ob sie mit denselben gleichartig wäre, ist allerdings systematischer Anordnung zuwider. Allein es überwog die Rücksicht, die vom Gesetze zusammengestellten Bestimmungen nicht zu trennen, damit das Auffinden der zu jeder Nr. des Gesetzes gehörigen Erläuterung nicht erschwert werde. Dieselbe Rücksicht hat noch andere Unregelmäßigkeiten des Systems motivirt. — Von Remonstration gegen dgl. Bescheide s. Bd. III S. 432 f.

26) Dasselbe gilt von Zurückweisung einer Nullitätsklage. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 96 Nr. 6.

27) Auch die sofortige Zurückweisung einer Litisreassumtion gehört hieher. (S. oben lit. a.)

28) Wird ein Gesuch, die früher gewährte Gerichtsverbittung nunmehr wieder rückgängig zu machen, zurückgewiesen, so findet gleichfalls selbstständige Berufung statt. OAGE. vom 1. Okt. 1842 Nr. 968$^{11}/_{42}$. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 191.

29) Das ist, wie sich aus der Zusammenstellung mit Klage, Intervention u. dgl. ergiebt, blos von der Restitution gegen Sentenzen zu verstehen (einbegriffen Beweisinterlokute). OAGE. vom 21. Juni 1842 Nr. 1073$^{39}/_{40}$. Bl. f. RA. Bd. XII S. 219 f. Vgl. Stürzer in den Verhandl. der

„Einleitung des Verfahrens, ganz [30]), oder sowie ange-
„bracht [31]), oder zur Zeit [31a]), oder von diesem Ge-
„richte [32]) abgewiesen wird [33]);“

Kammer der Abg. von 1837 Bd. IX S. 523, 525 — mit Bd. XX S. 264. — (Moritz Real-Kommentar S. 500—1.) Aus den Aeußerungen der Mitglieder beider Kammern kann für diese Frage nichts entnommen werden, indem das in der Kammer der Reichsräthe Geäußerte demjenigen, was über den Sinn der fraglichen Gesetzstelle in der Kammer der Abgeordneten vorkam, gerade widerstreitet; woraus sich aber die in v. Zurhein's Zeitschrift Bd. III S. 66 in der Note gezogene Folgerung keineswegs rechtfertigt. — — S. auch Bl. f. RA. Bd. VIII S. 79—80. Auf Zurückweisung der gegen ein Desertionserkenntniß gesuchten Restitution ist die Vorschrift anwendbar. Bl. f. RA. a. a. O.

30) Wird die Klage sofort hinsichtlich einzelner Klagpunkte oder eines Theils des Klaggegenstandes zurückgewiesen, so ist dies auch als ganze Abweisung zu betrachten. Denn den Gegensatz des „ganz“ bildet nach dem Sinne des Gesetzes nicht das „theilweise“, sondern das „angebrachtermassen, zur Zeit oder von diesem Gerichte.“ OAGE. v. 19. Dez. 1843 Nr. 1135$^{41}/_{42}$.

31) Vgl. unten Note 36. Nur der Kläger, nicht der noch nicht gehörte, daher auch mit keiner Rechtskraft bedrohte Beklagte kann gegen einen solchen Bescheid Beschwerde führen.

31a) Vgl. oben zu Note 17.

32) Gleichviel, ob wegen mangelnder Jurisdiktion oder Kompetenz. In Ansehung des Falles, wenn die Abweisung wegen Mangels der Eigenschaft einer Justizsache geschah, hat das OAG. (Nr. 774$^{12}/_{13}$) angenommen, daß er unter den §. 52 Nr. 1 nicht zu subsumiren sei. S. unten §. 5, II Nr. 8. Das Gegentheil in Nr. 1087$^{39}/_{40}$ und 1148$^{11}/_{12}$.

33) Gegen einen die Einleitung des Verfahrens verfügenden Gerichtsbeschluß findet die selbstständige Berufung nicht statt.

2) „Erkenntnisse [34]), wodurch die gerichtsablehnende „Einrede (Cod. jud. cap. VI §. 3 Nr. 1) verworfen wird [35]);

3) „Erkenntnisse, welche den Streit über die Prozeß„art entscheiden [36]), wohin jedoch der Beschluß darüber,

34) Das Gesetz spricht von Erkenntnissen. Wird auf eine Vernehmlassung, in welcher eine gerichtsablehnende Einrede vorkommt, mit ausdrücklicher Verwerfung derselben weitere Verhandlung in der Sache verfügt, so steht es der Berufungszulässigkeit nicht im Wege, daß die Verwerfung nicht in der äußeren Form des Erkenntnisses geschehen ist. — Eine Mittheilung der eine solche Einrede enthaltenden Vernehmlassung, welche ohne Erwähnung derselben geschieht, kann nicht als stillschweigende Verwerfung gelten, indem hier der richterliche Ausspruch darüber bis zur Erklärung des Klägers, resp. bis zum Schlusse des Verfahrens vorbehalten ist.

35) Es handelt sich hier von Erkenntnissen, welche die Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede aussprechen, ohne daß das Urtheil in der Hauptsache beigefügt wäre. Nur bei den gerichtsablehnenden Einreden kann dies nach der neuesten Gesetzgebung (§. 27—28 siehe Bd. II S. 324) vorkommen; daher wurde die Nr. 3 des §. 19 der Nov. von 1819, welche auch die Verwerfung der präjudiziellen und prozeßhindernden Einreden für selbstständig appellabel erklärte, bei Abfassung des §. 52 der Nov. von 1837 weggelassen. — S. Plenarbeschluß des OAG. vom 26. April 1843 (Regbl. 373—80). Bl. f. RA. Bd. VII S. 363—5.

36) Welche darüber entscheiden, ob der beantragte Exekutiv-Mandats-Arrest-Prozeß, ob das Verfahren nach §. 52 des HG. stattfinde. Bl. f. RA. Bd. IV S. 320, Bd. V S. 231. Wird eine Exekutivklage, eine Imploration um Erlassung eines Mandates oder Verfügung eines Arrestes von der Gerichtsschwelle zurückgewiesen (was faktisch durch Mittheiluug der Exekutivklage zur Vernehmlassung geschieht. OAGAkt. Nr. 372 13/11), so paßt zwar nicht diese

„ob im mündlichen Verhöre oder im gewöhnlichen Verfah-„ren, dann ob in diesem protokollarisch oder schriftiich ver-„handelt werden soll, eben so wenig gehört, als der Be-„schluß, wodurch die Widerklage zur besonderen Verhand-„lung bei demselben Gerichte verwiesen wird [37]);

Nr. des Gesetzes, wohl aber Nr. 1. S. jedoch Bl. f. RA. Bd. XV S. 126. — Gegen das Dekret, wodurch der Exekutivprozeß eingeleitet, das Mandat erlassen, der Arrest verfügt wird, findet Berufung nicht statt, weil vorerst bei demselben Richter zu excipiren ist, und von diesem selbst Abhülfe gewährt werden, d. h. nach beiderseitigem Gehör der Ausspruch erfolgen kann, daß der nur eingeleitete summarische Prozeß nicht stattfinde. (Vgl. Note 24). Hat der Unterrichter die Einleitung des beantragten summarischen Prozesses verweigert, der Oberrichter aber dieselbe angeordnet, so findet gegen diese oberrichterliche Verfügung keine Berufung statt, weil auch hiernach dem Imploraten, gegen die Prozeßart zu excipiren, unbenommen ist, und der Unterrichter nach gepflogenem Verfahren wiederholt auf Unzulässigkeit derselben erkennen kann. (Note 22). OAGE. vom 30. Juni 1840 Nr. 850$^{39}/_{40}$. Bl. f. RA. Bd. VII S. 345. — Von Berufungen gegen den Ausspruch, es sei das Verfahren zu sistiren, bzw. das Erkenntniß auszusetzen — s. Bl. f. RA. Bd. XV S. 364, 365; Bd. XVIII S. 237. Vgl. oben S. 11.

37) Dies ist nur von Beschlüssen zu verstehen, welche im Laufe des Verfahrens ergehen. Wird in Verbindung mit dem appellabeln Erkenntnisse über die Vorklage die Widerklage zur besonderen Austragung verwiesen, so kann dagegen auch in dem Falle appellirt werden, wenn das Urtheil in der Vorklage keinen Anlaß zur Beschwerdeführung giebt; indem die nach gepflogener Verhandlung ausgesprochene Verweisung ad separatum offenbar die Natur einer Abweisung der Klage, „wie sie angebracht ist," hat. — Ueber Beschwerdeführung gegen Bescheide, Verweisung von Streitposten wegen Rechts-

4) „Erkenntnisse, wodurch einem oder dem anderen „Theile Beweis aufgelegt wird [38]);

5) „Urtheile auf einen nothwendigen Eid (Cod. jud. „cap. XIII §. 3) oder auf einen der cap. XI §. 6 Nr. 5 „und cap. XIII §§. 4 und 5 der Gerichtsordnung benann„ten gesetzlichen Eide [39]);

hängigkeit betr. — s. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 93. — Berufung gegen Zulassung (Instruirung) der Restitution unzulässig — ebd. Bd. XVIII S. 16*.

38) Darunter sind jedoch — abgesehen von Beweisauflagen über gerichtsablehnende Einreden (OAGPl.Beschl. v. $^1/_{26}$48) — Vorbescheide, welche über Zwischenfragen, oder in den ein besonderes Beweisverfahren ausschließenden summarischen Prozeßarten — die Beibringung abgängiger Bescheinigung hinsichtlich einzelner Erfordernisse aufgeben (Vgl. z. B. Bd. II S. 67, 68, 107, 260, 328 Note 2 Bd. III S. 217 Nr. 4), — nicht begriffen. Vgl. oben S. 10, 11; Bl. f. RA. Bd. IV S. 221.

39) Gleichviel, ob die Beschwerdeführung den Gegenstand, die Person (s. jedoch Note 40) oder die Art der Eidesleistung betrifft. — Obige Bestimmung ist eine Ausnahme von der Regel, daß gegen Zwischenbescheide Appellation nicht stattfinde. Wenn nur gewisse Ausnahmen zugelassen werden, so gilt für alle übrigen Fälle das Gegentheil des für die Ausnahmen aufgestellten Grundsatzes (exceptio firmat regulam in casibus non exceptis); daher ist anzunehmen, daß bei allen Urtheilen auf Eidesleistung, welche nicht zu den oben unter Nr. 5 und 6 bezeichneten Ausnahmen gehören, die selbstständige Berufung nicht stattfinde; so bei Urtheilen auf Leistung des (außer dem Exekutivprozesse zuerkannten) Diffessionseides (K. XI §. 8 Nr 6 — vgl. OAGAkt. Nr. 441$^{12}/_{13}$, Nr. 1331$^{12}/_{13}$ — Bl. f. RA. Bd. XIV S. 63, Bd. XVII S. 399, Bd. XXI S. 376), des Eides über den Inhalt einer Urkunde, deren Edition verweigert wurde (Kap. XI §. 6 Nr. 6 — s. dagegen OAGE. in den Bl. f. RA. Bd. X S. 95 Nr. 4), des Kalumnieneides (K. XIII §. 6 — von dessen Aberkennung s. Bl. f. RA. Bd. X S. 272), des No-

6) „Urtheile, wodurch über die Statthaftigkeit eines „zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides [40]) (Cod. jud. „cap. XIII §. 2) oder über die Eidesformel [41]) aberkannt

venеides (Kap. VI §. 13, Kap. XV §. 5 Nr. 8, Kap. XVI §. 1 Nr. 2 — Bl. f. RA. Bd. XX S. 176), und der zur Bescheinigung dienenden Eide (S. Komment. Bd. III S. 350 Note 5). — Was hingegen den Bestärkungseid in Bezug auf alte Urkunden (Kap. XI §. 2), Handelsbücher (XI §. 3 Nr. 2) und den gemeinen Ruf (XII §. 6) betrifft, so ist er als eine, nur durch Eigenthümlichkeiten ausgezeichnete Art des Erfüllungseides (XIII §. 3) unter der gesetzlichen Ausnahme mit begriffen. Dies läßt sich um so weniger bezweifeln, als außerdem, wenn der aufgetragene Eid unter Vorbehalt künftiger Appellation geleistet würde, im Falle abweichender Ansicht des Oberrichters der anderen Partei aufgetragen werden könnte, mittelst des Reinigungseides das Gegentheil dessen zu beschwören, was früher durch den Bestärkungseid erhärtet wurde. Offenbar wäre hierin die ärgste Entweihung des Eides gelegen. — Von Berufungszuläſſigkeit bei Urtheilen auf Verwerfung des Antrags, den Manifestationseid aufzulegen — s. Bl. f. RA. Bd. XX S. 399.

40) Wobei es gleichviel gilt, ob die Beschwerdeführung die Person, welche schwören soll, oder dasjenige, worüber zu schwören ist, betrifft. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 31 Bd. XXI S. 462. — In einem Falle handelte es sich von Beschwerdeführung gegen den Ausspruch, daß von 35 Streitgenossen nur drei schwören sollen. Das OAG. nahm Unzulässigkeit an. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 143.

41) Vergl. hierüber Bd. III S. 377. — Da auch besondere Feierlichkeiten der Eidesleistung (Vornahme in der Synagoge, Zuziehung von Geistlichen) in Kreittmayr's Anmerk. zur GO. X §. 14 lit c. unter der Rubrik: „Eidesformel" aufgeführt sind, so rechtfertigt sich die Zulassung der Berufung, auch wenn nur in Betreff solcher Feierlichkeiten Be-

„wird, sofern in Folge des Urtheils die Eidesleistung zu „geschehen hätte [42]);

7) „Bescheide, wodurch eine Partei oder ein Dritter „zur Herausgabe einer Urkunde verurtheilt wird [43]);

8) „Bescheide, welche die verlangte Aufnahme des „Beweises zum ewigen Gedächtniß für unstatthaft er„klären [44])."

---

schwerde geführt wird. Bl. f. RA. Bd. V S. 353–357. — Dagegen paßt die gesetzliche Ausnahme nicht auf den Fall, wo das Rechtsmittel lediglich in Bezug auf den Ort der Eidesleistung ergriffen werden will. Vgl. Bd. III S. 365.

42) Wurde durch einen Zwischenbescheid eine Eideszuschiebung oder Zurückschiebung als unstatthaft verworfen, so ist dies zur selbstständigen Berufung nicht geeignet; eben so wenig, wenn der Zwischenbescheid die Verweigerung der Eidesleistung oder, daß sie als geschehen anzunehmen, ausspricht, oder wenn er die Reassumirung eines Schwuraktes anordnet. Bl. f. RA. Bd. XII S. 349. Vgl. Gönner zur Nov. von 1819 S. 273. Wohl aber findet selbstständige Berufung statt, wenn ausgesprochen wurde, der Eid sei nicht für verweigert zu erachten, sondern abermaliger Termin zur Eidesleistung anzuberaumen. OAGE. vom 9. Aug. 1841 Nr. $147^{10}/_{41}$.

43) Dagegen findet (abgesehen von selbstständigen Editionsprozessen — Bl. f. RA. Bd. XX S. 127) gegen Bescheide, welche ein Editionsgesuch abweisen, (auch wenn während dessen Verhandlung die Hauptsache sistirt war — ebd. Bd. XV S. 93), oder über den Besitz der Urkunde interloquiren (ebd. Bd. XVIII S. 77*), oder lediglich über Ort, Zeit oder sonstige Modalität der Edition bestimmen, keine selbstständige Berufung statt. OAGE. vom 21. Febr. 1842 Nr. $927^{38}/_{39}$, s. auch Nr. $914^{38}/_{39}$ und $325^{10}/_{41}$. Bl. f. RA. Bd. IV S. 221. — Ueber Bescheide welche die Verbindlichkeit zur Zeugschaft betreffen, — s. unten §. 5 Note 35.

44) Bescheide, welche die Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß zulassen, fallen unter die Regel des §. 51.

„In allen Fällen, in welchen selbstständige Berufung „nach §. 51 unzulässig ist, macht es keinen Unterschied, ob „das einfache Dekret oder der Zwischenbescheid von einem „Untergerichte oder von einem Appellationsgerichte aus„gegangen ist [45]). — — — Selbstständige Berufung „gegen ein zweitrichterliches Erkenntniß ist selbst dann „nicht zulässig, wenn das Obergericht das erstrichterliche „Urtheil aufgehoben und ein Dekret oder einen einfachen „Zwischenbescheid an dessen Stelle gesetzt hat [46])."

Damit diese Vorschrift im einzelnen Falle anwendbar sei, darf vom Oberrichter nicht eine Abänderung des unterrichterlichen Erkenntnisses, sondern nur die Aufhebung desselben ausgesprochen sein. Aufgehoben wird das vorige Erkenntniß, wenn der Oberrichter aus formellen Gründen dasselbe außer Wirkung setzt, ohne an der Stelle der außer Wirkung gesetzten Verfügung in der Sache selbst eine andere zu erlassen, indem als Folge der

45) Nov. v. 1837 §. 53 Nr. 1. So z. B. bezüglich der in der Berufungsinstanz vorgebrachten Nova. GO. XV §. 5 Nr. 8. Ueber Inzident-Restitution und Zulässigkeit der Berufung gegen ein Erkenntniß, durch welches eine solche Restitution verworfen würde. — Bl. f. RA. Bd. XII S. 219.

46) Nov. v. 1837 §. 3 Nr. 2. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 138 vgl. mit Bd. III S. 59 und Bd. IV S. 288. — Ueber den Fall, wenn ein Antrag auf Blödsinnigkeitserklärung in erster Instanz a limine abgewiesen wurde, und die zweite abändernd ausspricht, daß der Antrag zur Instruktion zu ziehen sei — s. Bl. f. RA. Bd. VII S. 349. Wenn in zweiter Instanz das erste Urtheil als zu frühzeitig erlassen aufgehoben und weitere Instruktion angeordnet worden ist, und nun Appellat hiegegen blos deßwegen Beschwerde führt, weil die Appellation nicht als desert zurückgewiesen worden, so ist nach dem OAGE. vom 14. März 1843 Nr. $159^{12}/_{43}$ diese Beschwerdeführung zuzulassen.

Aufhebung nur eine weitere Verhandlung angeordnet resp. zugelassen, oder derselben die Entscheidung einer prozeßualischen Zwischenfrage beigefügt oder dem vorigen Richter weiteres Erkenntniß in der Sache aufgetragen wird [47]). Wesentlich im Begriffe der Aufhebung ist, daß damit dem vorigen Richter in den Materialien der Sache durchaus keine Richtschnur für sein weiteres Erkenntniß vorgezeichnet, insbesondere derselbe nicht gehindert wird, etwa nach Erschöpfung der in Bezug auf das Verfahren vom Oberrichter getroffenen Verfügung, in Beurtheilung der Sache selbst auf seinen früheren Ausspruch zurückzukommen. Dies ist z. B. der Fall, wenn die Aufhebung geschehen ist, weil der Oberrichter sich überzeugt, daß die nach Ablauf der Beweisfrist zur Nachbringung eines neuen Zeugen gesuchte, vom Unterrichter verweigerte Restitution hätte bewilligt werden sollen. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn der Unterrichter nach gepflogener Verhandlung die Klage wegen Mangels der Begründung [48]) (unbe-

47) Was aber nicht auf Fälle oberrichterlicher Verwerfung gerichtsablehnender Einreden zu beziehen ist. Wenn z. B. die Klage nach gepflogener Verhandlung in erster Instanz wegen Inkompetenz abgewiesen war, in zweiter Instanz erkannt wird, daß die Abweisung nicht stattfinde, vielmehr Unterrichter in der Hauptsache zu urtheilen habe, so greift gegen diesen zweitrichterlichen Ausspruch selbstständige Berufung an den obersten Gerichtshof Platz. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 384. — Dagegen ist Berufung an die dritte Instanz unzulässig, wenn die erste Instanz die Klage wegen Mangels der Zuständigkeit ohne Einleitung eines Verfahrens abgewiesen, die zweite Instanz aber ausgesprochen hat, daß die Klage nicht sofort abzuweisen, sondern zur Verhandlung auszusetzen sei. OAGPlenarbeschluß v. 11. Feb. 1846 (Reg.-Bl. S. 131 f)

48) Wegen Mangels der objektiven oder der subjektiven Begrün-

dingt oder angebrachtermassen) abgewiesen hatte, vom Oberrichter aber ausgesprochen wurde: daß die erkannte Abweisung nicht stattfinde und demzufolge weiteres Erkenntniß vom Unterrichter zu erlassen sei. Dies ist Abänderung, nicht Aufhebung. In dem oberrichterlichen Ausspruche liegt hier nicht ein prozeßleitendes Dekret oder ein einfacher Zwischenbescheid, sondern eine definitive Entscheidung über eine der beiden Hauptfragen des Rechtsstreites (Ist die Klage begründet?) vor. Die Vorschrift des §. 53 Nr. 2 ist demnach hier nicht anwendbar [49]). — Vgl. übrigens unten §. 9 Abth. I Nr. 2 lit. b.

Gegen Erkenntnisse des Oberrichters, welche das vom Unterrichter gesprochene Urtheil, z. B. wegen Mangels der Kollegialberathung, aber nicht auch die vorausgegangenen Verhandlungen als nichtig aufheben, findet selbstständige Berufung nicht statt, wenn gleich dem aufhebenden Ausspruche ein an die Stelle des aufgehobenen tretendes Dekret oder ein Zwischenbescheid nicht ausdrücklich beigefügt ist. Denn jedes Erkenntniß, welches nur das Urtheil der vorigen Instanz als nichtig aufhebt, involvirt stillschweigend das prozeßleitende Dekret, daß die Akten nunmehr zu wiederholtem Spruche auszusetzen seien [50]).

Dagegen ist die Berufung nicht ausgeschlossen, wenn das Obergericht das erstrichterliche Urtheil und die dem-

dung (Legitimation zur Sache.) Vgl. Bd. II S. 173 f., S. 178 f.

49) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 65 ff., vgl. mit S. 138. S. auch ebd. Bd. XVII S. 47, Bd. XXI S. 93; Arends Samml. Bd. I S. 76.

50) OAGE. v. 15. Juli 1843 Nr. $1154^{12}/_{43}$. Vgl. Nr. $1241^{39}/_{40}$. Bl. f. RA. Bd. V S. 224.

selben vorausgegangenen Verhandlungen als nichtig aufgehoben hat [51]).

„Wer durch ein einfaches Dekret oder durch einen „Zwischenbescheid beschwert zu sein glaubt, hat dage- „gen bei Vermeidung des Ausschlusses binnen 14 Tagen „sich bei Gericht zu verwahren. Es bleibt ihm sodann „das Recht vorbehalten, die Beschwerde hierüber mit „der Appellation gegen das End- oder beweisauflegende „Urtheil zu verbinden [51a])."

Zur Erläuterung dieser Gesetzstelle wird bemerkt:

1) Nicht jede Beschwerdeführung wegen einfacher Dekrete und Zwischenbescheide soll ausgeschlossen sein, sondern es soll nur darüber keine selbstständige Appellation stattfinden. Wurde das einfache Dekret oder der Zwischenbescheid in Verbindung mit einem appellablen Erkenntnisse erlassen, so kann unbedenklich die gegen letztere ergriffene Appellation auch auf die durch erstere zugefügte Beschwerde erstreckt werden [52]). Ergieng die inappellable Verfügung für sich, so ist die Beschwerdeführung dagegen nicht abgeschnitten, sondern nur vertagt; das Verfahren wird nach Maaßgabe des einfachen Dekretes oder Zwischenbescheides

51) Schon nach dem Wortlaute paßt Nr. 2 des §. 53 nicht auf diesen Fall. Vgl. OAGE. v. 11. Dez. 1838 Nr. $171^{38}/_{39}$, vom 6. Aug. 1839 Nr. $935^{38}/_{39}$; vom 16. Jan. 1843; Nr. $1620^{41}/_{42}$. Bl. f. RA. Bd. IV S. 287. Man verwechsle damit nicht den Fall, wenn die Verhandlungen nicht als nichtig aufgehoben wurden, sondern nur die Anordnung einer Ergänzung geschah.

51a) Nov. von 1837 §. 51 Absatz 2.

52) Plenarbeschluß des OAG. v. 26. April 1843. Motive Nr. 4—7 (Regb. S. 375—7.) — Bl. f. RA. Bd. VI S. 369 ff.; Bd. VII S. 361 ff.

— unaufgehalten fortgeführt, bis es zu einem Erkenntnisse kommt, gegen welches selbstständige Berufung zulässig ist[53]). Fällt dieses völlig zu Gunsten desjenigen aus, welcher im Laufe des Verfahrens durch ein einfaches Dekret oder einen Zwischenbescheid beschwert zu sein glaubte, so ist nunmehr die Beschwerde gehoben, und für denselben kein Grund zur Ergreifung eines Rechtsmittels vorhanden. Bietet hingegen der Inhalt des appellablen Ausspruchs Anlaß zu einer Beschwerdeführung dar, so kann damit zugleich die früher durch eine prozeßleitende Verfügung oder eine Zwischenentscheidung erlittene Verletzung mit der Wirkung geltend gemacht werden, daß der Oberrichter, wenn

53) Das Gesetz spricht zwar nur von der Appellation gegen das End- oder beweisauflegende Urtheil. Da aber die in §. 52 aufgeführten Erkenntnisse hinsichtlich der Zulässigkeit selbstständiger Berufung jenen namentlich bezeichneten gleichgestellt sind, so unterliegt es keinem Bedenken, daß die Geltendmachung der vorbehaltenen Beschwerde mit der Appellation gegen das nächste appellable Erkenntniß, auch wenn dieses nur die Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede ausspricht oder einen nothwendigen Eid auflegt, verbunden werden kann und muß. OAGE. vom 29. April 1842. Nr. 123 $^{11}/_{12}$. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 382. Die Beschwerdeführung gegen einfache Dekrete und inappellable Zwischenbescheide soll nur keine selbstständige Behelligung der Obergerichte bewirken können; kommt die Sache ohnehin zur oberrichterlichen Kognition, so hat sich diese auch auf Zwischenpunkte der fraglichen Art zu erstrecken, und dies selbst dann, wenn sich diese Zwischenpunkte erst während des Schwebens in der höheren Instanz ergeben. S. unten §. 9, I Nr. 2 lit. e. — Auch im Wege der Adhäsion kann die vorbehaltene Beschwerde an den Oberrichter gebracht werden. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 363. Vgl. ebd. Bd. X S. 230—2. Auf das Merkmal der Konnexität kommt es hiebei nicht an.

er das Dasein dieser Verletzung anerkennt, und den Appellanten nicht schon durch den Ausspruch in der Hauptsache völlig beschwerdefrei macht, durch Anordnung der geeigneten Ergänzung oder Berichtigung nachträglich Abhülfe verschafft [53a]). Uebrigens wollen die Gesetzesworte:

„Es bleibt das Recht vorbehalten, die Beschwerde „über die Zwischenverfügung mit der Appellation ge„gen das End- oder beweisauflegende Urtheil zu ver„binden."

keineswegs sagen, die vorbehaltene Beschwerde könne nachträglich nur da geltend gemacht werden, wo außerdem noch ein anderer Grund, als die durch die Zwischenverfügung zugefügte Verletzung, zur Beschwerdeführung gegen Endurtheil oder Beweisinterlokut vorhanden ist; vielmehr ist der Fall der Verbindung der Berufung gegen Endurtheil oder Beweisinterlokut mit der vorbehaltenen Beschwerdeführung gegen die frühere Zwischenverfügung — auch da gegeben, wo Endurtheil oder Beweisinterlokut [54]) nur deßwegen angefochten werden, weil ihnen die frühere Zwischenverfügung, als maaßgebende Voraussetzung zu Grunde liegt. So z. B. wenn in dem Dekrete auf die Vernehmlassung eine dilatorische Einrede verworfen worden war, und nun gegen das spätere Beweisinterlokut aus keinem anderen Grunde Beschwerde erhoben wird, als weil die Klage nicht — in Gemäßheit der verworfenen dilatori-

53a) Die Befugniß, die durch Verwahrung vorbehaltene Beschwerde mit der Berufung gegen das Endurtheil oder ein anderes appellables Erkenntniß zu verbinden, ist übrigens naturgemäß der Einschränkung unterworfen, daß eine solche Beschwerde alsdann auch noch ein vernünftiges Interesse darbiete. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 389.

54) Oder überhaupt der appellable Zwischenbescheid. S. Note 53.

schen Einrede angebrachtermaßen abgewiesen wurde. Das Gesetz beabsichtigte in der angeführten Vorschrift, wie bemerkt, nur Abschneidung der Zwischenappellationen, es wäre dieser Absicht gerade zuwider, wenn man dieselbe so anwenden wollte, daß nicht blos eine Vertagung der Beschwerde gegen den Zwischenbescheid, z. B. über Verwerfung der dilatorischen Einrede, nicht blos eine Versagung der selbstständigen Beschwerdeführung, sondern eine gänzliche Entziehung derselben herauskommt [55]. — Eine nicht minder unrichtige Anwendung des Gesetzes würde es sein, wenn in einem Falle, wo der vorige Richter unter Verwerfung dilatorischer Einreden auf Beweis erkannt hat, eine lediglich wegen der Verwerfung der Einreden resp. wegen Nichtabweisung der Klage [56]) ohne weitere Beanstandung des Beweisinterlokutes erhobene Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen werden wollte [57]).

2) Der Vorbehalt der künftigen Beschwerdeführung gegen das einfache Dekret oder den Zwischenbescheid versteht sich aber nicht von selbst, sondern ist durch, binnen 14 Tagen einzulegende, gerichtliche Verwahrung bedingt [58]).

55) Bl. f. RA. Bd. VI S. 370 f.

56) In der angebrachten Art oder zur Zeit.

57) Bl. f. RA. a. a. O. S. 372.

58) Keine Anwendung findet dies auf diejenigen einfachen Dekrete und Zwischenbescheide, welche in Verbindung mit einem appellabeln Erkenntnisse erlassen (oder zugleich eröffnet), und mit diesem durch das Rechtsmittel der Appellation angefochten werden. Plenarbeschluß des OAG. vom 26. April 1843 (Regbl. S. 373, 378—80.) Bl. f. RA. Bd. VI S. 373, Bd. XXI S. 28. Eben so wenig ist die Verwahrung binnen 14 Tagen nothwendig, wo es ohnehin Aufgabe der nächsten durch das einfache Dekret hervorgerufenen Prozeßhandlung ist, alle sich darbietenden Einwendungen gegen den Inhalt

„Das Versäumniß der rechtzeitigen Verwahrung hat die Rechtskraft des einfachen Dekretes oder des Zwischenbescheides zur Folge [59])."

Hat der Beschwerte, die richterliche Verfügung als eine zur selbstständigen Berufung geeignete betrachtend, statt der Verwahrung das Rechtsmittel der Appellation ergriffen, so wird dadurch die Stelle der Verwahrung nur dann vertreten, wenn die Einlegung in der für die Verwahruug vorgeschriebenen Frist erfolgte [60]). —

Hat der Beschwerte, wo der Fall zur selbstständigen Appellation geeignet ist, nur Verwahrung eingelegt, so wird dadurch die Stelle der versäumten Appellation nicht vertreten [61]).

der gemachten Mittheilung oder hinsichtlich des Verfahrens darüber prozeßordnungsmäßig vorzutragen. Bl. f. RA. Bd. V S. 395. S. jedoch Komment. Bd. III S. 432 Note 7. — Unschädlich ist ferner die Unterlassung der Verwahrung, wenn der Zwischenbescheid, z. B. wegen mangelnder Kollegialberathung nichtig ist. OAGE. v. 5. Jan. 1843 Nr. 133$^{12}/_{43}$.

59) Nov. v. 1837 §. 53 Nr. 3. Es wird nun so angesehen, als ob die fragliche Verfügung ganz prozeßordnungsmäßig gewesen wäre, und nach dieser Voraussetzung bestimmt sich ihr Einfluß auf das weitere Verfahren und künftige Urtheil. Wird z. B. gegen das Dekret, welches einzelne Beweismittel verwirft, nicht rechtzeitig Verwahrung eingelegt, so sind nun diese Beweismittel für den Produzenten verloren.

60) Nov. v. 1837 §. 53 Nr. 4. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 68 Note 4. — Bei Zurückweisung der unzulässigen binnen 14 Tagen eingereichten, und wegen obwaltenden Zweifels an das Obergericht vorgelegten Berufung hat Letzteres nicht auszusprechen, daß die Berufung als Verwahrung gelte, indem diese Frage zur Zeit nicht devolvirt ist. OAGBeschluß vom 1. Dez. 1841. Nr. 984$^{10}/_{41}$.

61) Nov. v. 1837 §. 53 Nr. 5. Bl. f. RA. a. a. O. Räthlich

Die eingelegte Verwahrung wird unwirksam, wenn sie nicht bei der Appellation gegen das nächste appellable Erkenntniß ausdrücklich als Beschwerde vorgebracht wird. — Diese Vorschrift (§. 53 Nr. 6) bezieht sich aber nur auf solche Fälle, in welchen das auf die Verwahrung folgende nächste appellable Erkenntniß dem Verwahrenden Anlaß zu Ergreifung eines Rechtsmittels giebt, und derselbe bei der Appellation, welche er gegen den Ausspruch des appellablen Erkenntnisses ergreift, die früher gewahrte Beschwerde geltend zu machen im Stande ist. Wenn ihm aber Letzteres keine Beschwerde zufügt; wenn er außer Stande, dagegen zu appelliren, auch der früheren Verwahrung jetzt eine Folge zu geben, rechtlich gehindert ist, so kann ihm diese Unterlassung nicht zum Nachtheile gereichen, vielmehr muß der Oberrichter, wenn er das dem Verwahrenden vollkommen günstige Erkenntniß nicht zur Bestätigung geeignet findet, die durch die Verwahrung vorbehaltene Beschwerde von Amtswegen in Erwägung ziehen [62]). — Indessen kann in solchen Fällen, wenn der Gegner appellirt, die durch die frühere Verwahrung gesicherte Beschwerde bei dem Oberrichter in Form einer vorsorglichen (eventuellen) Adhäsion angebracht werden [63]).

War die Verwahrung gegen einen Ausspruch des Gerichtes zweiter Instanz gerichtet, durch welchen zunächst ein

ist es in zweifelhaften Fällen, binnen 14 Tagen eine Berufungsschrift einzureichen. S. Bl. f. RA. a. a. O.

62) Arg. Const. 39 pr. de appellat. (7, 62) vgl. mit Bayer. LR. Th. II Kap. 4 §. 8, und die Anmerk. zu dieser Stelle. — Eine nähere Ausführung hierüber findet sich in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 369 ff. Vgl. Bd. VIII S. 331 Nr. 2 mit S. 414 Nr. 6.

63) OAGE. vom 29. April 1842 Nr. 123$^{11}/_{42}$. Nöthig ist diese Adhäsion nicht, aber immerhin räthlich.

weiteres Erkenntniß erster Instanz herbeigeführt wird, so muß die durch die Verwahrung vorbehaltene Beschwerde, um seiner Zeit an die dritte Instanz gebracht werden zu können, mit der Berufung gegen das weitere erstrichterliche Erkenntniß bei dem zweiten Richter wiederholt werden [64]. Natürlich fällt diese Bedingung weg, wenn das neuere erstrichterliche Erkenntniß der Partei, welche sich früher verwahrt hat, keinen Anlaß zu einer Beschwerdeführung gab.

II.

Beschränkungen der Berufung im Exekutionsverfahren [65].

„Die Appellation soll entweder gar nicht, oder wenigstens quoad effectum suspensivum nicht Statt haben.
„Von der Exekution, außer was den modum „derselben betrifft [66]."

„Aufschiebende Wirkung hat (im Exekutionsverfahren) „die Berufung oder Beschwerde nur hinsichtlich der Feilbietung der Exekutionsobjekte [67]."

In Gemäßheit dieser Gesetzesvorschrift ist es

1) unzulässig, darüber zu appelliren, daß ein rechtskräftiges Erkenntniß [68]) vollstreckt werden soll [69]. Die

64) Vgl. unten §. 12, I a. E.

65) Es handelt sich hier nur von Beschränkungen der Appellationsbefugniß der unterliegenden Partei. Vgl. unten §. 12, III Nr. 8. Die in §. 64 Abs. 4 Nr. 1 der Nov. v. 1837 bestimmte Beschränkung gilt auch für den Sieger.

66) GO. XV §. 15 Eingang und Nr. 4.

67) Novelle von 1837 §. 108 Abs. 3.

68) Stürzer CGV. S. 760 Nr. 4.

69) Inwiefern bei dem Dasein eines gerichtlichen Geständnisses

Vollstreckung ist indessen dadurch bedingt, daß der Inhalt des Erkenntnisses feststehe. Lassen die dunkel oder unbestimmt gefaßten Urtheilsworte eine mehrfache Auslegung zu, oder liegt überhaupt der Verfügung, welche die Exekution einleitet, eine als unrichtig beanstandete Deutung des Urtheiles zu Grunde, so ist Appellation gegen diese Verfügung, nach erfolgloser Remonstration, allerdings zulässig [70]).

2) Auch im Exekutionsverfahren ist gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide, z. B. gegen Bestimmungen über Einleitung von Verhandlungen, über Fristen und Termine oder Beibringung von Probemitteln [71]), über Zeugenvernehmungen und Schätzungen u. dgl. nur Verwahrung, nicht selbstständige Berufung zulässig.

3) Appellation ist zulässig gegen die richterlichen Verfügungen, welche die Art und Weise der Exekution, die Mittel derselben, die Sachen, woran sie statt haben soll, oder über Vollstreckung an der Person bestimmen, — welche Beschlagnahme, Immission, Subhastation anordnen [72]),

die Exekution ohne Erlassung eines Urtheils eintritt — s. Bd. III S. 264 f. — Von der Gleichstellung gerichtlicher Vergleiche mit rechtskräftigen Erkenntnissen in Bezug auf Exekution — s. unten Kap. XVII §. 1.

70) Fr. 4 de appellat. (49, 1) pr. „Ab executore sententiae appellare non licet.,' §. 1. „Sed ab eo, qui sententiam male interpretari dicitur, appellare licet." Vgl. Const. 5. Quorum appellationes non recipiantur (7, 65.)

71) Es handelt sich hier nicht von Beweisinterlokuten, welche im Exekutionsverfahren nicht vorkommen, sondern von sog. Prälokuten der oben Note 38 bemerkten Art.

72) Ueberall, wo die Verfügung auf einseitigen Antrag des Siegers ergieng, ist die Zulässigkeit der Appellation durch vorgängige erfolglose Remonstration bedingt.

oder welche Exekutionseinreden (§. 8 Nr. 1) verwerfen, oder den Suspensiveffekt einer Appellation, Restitution, Nullitätsklage oder Intervention verweigern; ferner gegen den Adjudikationsbescheid, gegen Zuerkennung oder Versagung des Einlösungsrechtes (§. 64 d. HG.) und gegen die richterliche Exmissionsverfügung.

4) Was der §. 108 der Novelle von 1837 bezüglich der aufschiebenden Wirkung der Beschwerdeführungen im Exekutionsverfahren bestimmt, paßt nur auf den Fall, wenn die Exekution durch Veräußerung von Vermögensstücken des der Exekution Unterworfenen geschehen soll. Für die übrigen Fälle gilt gleichfalls nach Vorschrift der Gerichtsordnung als Regel die Versagung des Suspensiveffektes. Ausnahmsweise ist zufolge analoger Anwendung des im §. 108 der Novelle in Betreff der Feilbietung Bestimmten und nach der Natur der Sache die aufschiebende Wirkung zu bewilligen, wo die einmal geschehene Vollstreckung der fraglichen Verfügung nicht oder nicht ohne Verursachung großer Kosten rückgängig gemacht werden könnte [73], oder wo der sich aus einstweiligem Aufschub des Vollzugs ergebende Nachtheil im Verhältnisse zu dem, welcher durch die wirkliche Vollstreckung dem Gegentheil zugefügt würde, als bei weitem geringer erscheint [74]. Handelt es sich bei der Beschwerdeführung von einer Beanstandung des Sinnes, in welchem der Richter das zu vollstreckende Erkenntniß auffaßt, so ist der Beschwerdeführung in so weit, als der Richter selbst die Zweifelhaftigkeit anerkennt, die aufschiebende Wirkung nicht zu versagen. —

73) Z. B. wenn die Vollstreckung in Niederreißung eines Gebäudes besteht.

74) So überall, wo die Erfüllung dessen, was das Urtheil befiehlt, große Kosten verursacht.

Uebrigens tritt die Gewährung des Suspensiveffektes überall erst bei derjenigen Vollstreckungshandlung ein, welche nicht blos eine einstweilige Beschränkung [75]), sondern einen bleibenden, nicht oder schwer zu vergütenden Nachtheil mit sich bringen würde; auch werden durch diese Gewährung angemessene Maßregeln zur Sicherung des künftigen Vollzuges nicht gehindert [76]). — Wo Zweifel obwalten, ist der Suspensiveffekt eher zu gewähren, als zu versagen [77]).

Die in Vorstehendem (Nr. 4) erörterte Beschränkung des Suspensiveffektes ist nicht anwendbar auf Berufungen gegen Erkenntnisse, welche in dem zufolge der früheren Ent=

75) Ist in dem Urtheil etwas zu thun untersagt worden, so steht die Gewährung des Suspensiveffektes der Erzwingung einstweiliger Unterlassung (abgesehen von Fällen, wo Gefahr auf dem Verzuge) nicht entgegen.

76) Für Fälle, in welchen der Unterliegende verurtheilt ist, dem Sieger eine Sache herauszugeben, verordnet Const. 5 quorum appellat. (7, 65): Wenn es eine bewegliche Sache ist, zu deren Herausgabe die Exekution eingeleitet ist, soll dieselbe, wenn Appellation eingelegt worden, dem Besitzer entzogen, bei einem Sequester untergebracht und demjenigen Theile verabfolgt werden, für den der Oberrichter entscheiden wird. Ist aber die Hülfsvollstreckung in Ansehung eines Grundstückes zugestanden worden, und hat die Appellation dieselbe aufgehalten, so sollen alle in der Zeit des Obschwebens der Appellation gewonnenen Nutzungen in deposito behalten werden, während das Grundstück (statt „jure fundi“ steht in der Parallelstelle des sog. Ulpianus de edendo (Tit. de Appellat.) offenbar richtiger „fundo“) dem Appellanten verbleibt.

77) Vgl. übrigens in Bezug auf den Suspensiveffekt — unten den Schluß des §. 3, sodann §. 8 und §. 9, II.

scheidung der Hauptsache nachträglich gepflogenen Liquidationsverfahren ergangen sind [78]).

Ueber die Berufungsfrist im Exekutionsverfahren s. unten §. 6, über die Beschränkung der Revision gegen Beschlüsse im Exekutionsverfahren — §. 12, III Nr. 8.

III.

Berufungssumme [79]).

Die Berufungssumme beträgt bei Appellationen von der I. an die II. Instanz [80]), wenn ein Untergericht in erster Instanz erkannt hat, **fünfzig** Gulden Geld oder Geldeswerth [81]); wenn ein Obergericht die erste Instanz war, **hundert** Gulden [82]). Die Vorschrift der GO., nach welcher früher Berufungen gegen Erkenntnisse der Untergerichte „**aus besonders erheblichen Ursa**-

78) GO. XVII §. 4 Nr. 7.

79) **Martin's** Lehrbuch §. 277 vgl. mit **Bayer's** Vorträgen ed. VIII §. 313; **Linde** im Lehrb. §. 403; im Handbuch Bd. IV §. 79 f., im Archiv für civil. Praxis Bd. IX S. 219 bis 46, Bd. XI S. 91—123, 204—228, in der Gießner Zeitschrift Bd. X S. 188 ff., Bd. XVIII S. 141 f. — **Pfeiffer** in den prakt. Ausführungen Bd. VI S. 211 ff.

80) Von der Berufungssumme in Oberberufungs- (Revisions-) Fällen s. unten §. 12.

81) Die besondere Vorschrift vom 28. Nov. 1803 (Nov. Samml. I S. 275), nach welcher diese Summen von fünfzig resp. hundert Gulden in den vormaligen Fürstenthümern Würzburg und Bamberg in fränkischer Währung (1 fl. = 1 fl. 15 kr. rh.) zu verstehen sind, ist durch das Gesetz vom 23. Mai 1846 außer Kraft gesetzt.

82) Novelle vom 16. Aug. 1779 (**Mayr** G. S. Bd. I S. 152, 189), erneuert am 11. Febr. 1811 (Regbl. S. 235.) Die

chen" auch bei geringerem Betrage zugelassen werden konnten, ist durch den §. 57 der Novelle von 1837 aufgehoben [83]).

Der Beschwerdegegenstand [84]) muß die Summe von fünfzig resp. hundert Gulden erreichen; derselbe kann weniger oder auch mehr betragen, als der ursprüngliche Streitgegenstand; er kann sich verschieden darstellen, je nachdem der Kläger oder der Beklagte appellirt [85]). Bei Appellationen des Klägers fragt es sich: welche Geldsumme oder wieviel an Geldeswerth sucht der Appellant

Summe von hundert Gulden ist insbesondere erforderlich, wenn gegen ein wegen Mangels der Summe oder wegen Desertion abweisendes Obergerichts-Erkenntniß, oder gegen ein Erkenntniß des Obergerichts über eine bei ihm eingereichte Nullitätsklage an den obersten Gerichtshof appellirt wird. Plenarbeschluß des OAG. vom 13. Dez. 1838 (Regbl. von 1839 S. 7—14); Bl. f. RA. Bd. III S. 363—4; Bd. IV S. 44, 135, 238; Bd. VIII S. 192. Wenn hingegen eine Berufung vom Obergericht wegen Mangels der Eigenschaft einer Justizsache zurückgewiesen ist, so wird, um dagegen an die III Instanz zu gehen, die Revisionssumme (s. unten §. 12) erfordert. Bl. f. RA. Bd. V S. 47 Nr. 7.

83) Diese Aufhebung liegt darin, daß die frühere Vorschrift in der Novelle ohne den früheren beschränkenden Zusatz wiederholt wurde.

84) Auf dem Standpunkte der Gesetzgebung vor 1837 hat Steppes (v. Zurhein's Zeitschrift Bd. II S. 41—50) — gegen eine entschiedene Praxis — die Ansicht vertheidigt, es komme nicht auf die Beschwerdesumme, sondern auf die Streitsumme an. — Nach dem §. 57 der Nov. von 1837 kann kein Zweifel mehr obwalten.

85) Dieser Grundsatz ist in Abs. 3 des §. 61 der Nov. ausgesprochen: „um wie viel das Grundstück des appellirenden Theils." Vgl. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 142.

durch die erbetene Abänderung des vorigen Erkenntnisses unmittelbar oder mittelbar zu erlangen? Bei Appellationen des Beklagten kommt es auf den Geld-Betrag oder Werth an, welchen der Appellant durch die Beschwerdeführung gegen die Ansprüche seines Gegners zu behaupten strebt [86]). — Uebrigens handelt es sich nicht davon, um wie viel der Appellant wirklich beschwert ist, sondern davon, auf wieviel seine Beschwerde gerichtet ist [87]).

Ob der Appellant geradezu auf Verurtheilung des Gegners resp. auf Entbindung von einem Anspruche desselben, oder zunächst auf Erlassung eines Zwischenbescheides, anträgt, macht keinen Unterschied; insofern auch dieser Antrag mittelbar die Erlangung oder Behauptung eines gewissen Betrages von Geld oder Geldeswerth bezweckt [88]).

86) Appellationen eines Prinzipalintervenienten sind denen eines Klägers gleichzustellen. Bei Berufungen eines accessorischen Intervenienten kommt es darauf an, in welcher Parteirolle intervenirt wurde.

87) OAGE. vom 20. Aug. 1842 Nr. $1438^{39}/_{10}$. Indessen bleiben solche Beschwerdepunkte unberücksichtigt, zu welchen die frühere Verhandlung auch nicht einmal eine faktische Veranlassung darbietet. Mevius decis. II, 79: „Si quidquam petitum fuerit, de quo nihil controversiae existit, immixtum tantum appellationi ad augendam litis quantitatem, velut in fraudem legis tendens non attenditur." Vgl. Pfeiffer a. a. O. S. 269.

88) Wie z. B. Editions-Anträge. OAGAkt. Nr. $131^{13}/_{11}$. Bei Appellationen über eine Kautions-Auflage zu bestimmtem Betrage oder über Zurückweisung des darauf gestellten Antrages, oder über ein Mehr oder Minder der Kaution kommt es auf den in der Berufungsinstanz in Frage befindlichen Kautionsbetrag an. Vgl. Pfeiffer a. a. O. S. 367.

Eben so wenig Unterschied macht es, ob der vorliegende Rechtsstreit eine definitive Feststellung des in Frage befindlichen Rechtsverhältnisses zur Aufgabe hat, oder ob dem unterliegenden Theile noch eine weitere Rechtsverfolgung vorbehalten bleibt.

Welches der Gegenstand sei, auf dessen Geldwerth es zur Ausmittlung der Berufungssumme ankommt, erscheint häufig als zweifelhaft. Eine Reihe von Zweifelsfragen dieses Betreffs soll hier in's Auge gefaßt werden:

1) Ist auf Herausgabe einer Sache aus dem Grunde des Eigenthums [89]), oder mit einem possessorischen Rechtsmittel oder mit der actio ad exhibendum geklagt, so kommt es bei Appellationen des Klägers auf den Werth der in Anspruch genommenen Sache an [90]); eben so bei Appellationen des Beklagten, sofern nicht die Herausgabe lediglich wegen eines Gegenanspruchs verweigert wird, in welchem Falle auf den Betrag oder Werth dieses Gegenanspruchs zu sehen ist [91]). — In Pfandsachen kann für Berufungen des Gläubigers keine den Forderungsbetrag übersteigende Appellationssumme angenommen werden; wohingegen für Berufungen des Pfandschuldners auch der Werth der Pfandsache in Betracht kommt. Dieselbe Unterscheidung gilt bei Realarresten und im Exekutionsverfahren, wenn es sich von der Verwendung gewisser Sachen

89) Wohl zu unterscheiden von Geltendmachung des sog. Obereigenthums, als des Inbegriffs gutsherrlicher Rechte, wo nicht der Werth der Sache selbst in Frage steht.

90) Pfeiffer a. a. O. S. 278—9. Auch bei den präparatorischen Klagen wird auf den Werth des Gegenstandes gesehen, dessen gerichtliche Verfolgung vorbereitet werden soll. Seuffert's Archiv Bd. I S. 307 f.

91) Vgl. Lauk in den Bl. f. RA. Bd. V S. 262.

zur Hülfsvollstreckung handelt. Erreicht der Werth der Sache, welche mit dem Pfandnexus bestrickt, in Beschlag genommen oder zur Exekution verwendet werden soll, den Betrag der Appellationssumme, so steht der etwa geringere Betrag der geltend gemachten Forderung der Zulassung des vom Schuldner[92]) ergriffenen Rechtsmittels nicht im Wege; die Sache, deren Verlust ihm droht, bildet für ihn den Beschwerdegegenstand[93]); wohingegen für Berufungen des Gläubigers in solchen Beziehungen immer nur der Betrag der zu deckenden resp. zu realisirenden Forderung in Betracht kommt[94]).

92) Oder einem intervenirenden Dritten. Pfeiffer a. a. O. S. 280—1. Bl. f. RA. Bd. X S. 47.

93) Vgl. Linde in der Gießner Zeitschrift S. 180—2: „Wenn „in der Exekutionsinstanz über die Veräußerung eines Exe„kutionsobjektes Streit entsteht, und dieser durch richterliches „Erkenntniß entschieden wird, dann ist die Beschwerde, welche „der Schuldner darin findet, daß gerade dieser Gegenstand „angegriffen werden soll, eine neue selbstständige, mit der „Entscheidung über die abgeurtheilte Hauptsache keineswegs „in dem Zusammenhange stehende, daß die Frage der Appel„labilität bezüglich der Appellationssumme nach dem Betrage „der Forderung zu ermitteln wäre." Ferner a. a. O. S. 208—9: „Wenn der Richter durch eine Arrestverfügung „den Impetraten verhindert, über ein Objekt im Werthe „von vielen Tausenden frei zu verfügen, so hebt der Um„stand, daß er ihm zugleich gestattet, vermittelst Zahlung „oder auch nur Deposition von Hundert, jenem Arrest aus„zuweichen, die in der Arrestverfügung liegende Beschwerde „nicht auf." — Vgl. OAGAkt. Nr. $457^{51}/_{55}$.

94) Für den Gläubiger ist die Pfandsache, das Arrest- oder Exekutions-Objekt immer nur Mittel zum Zwecke und nur nach dem Zwecke kann sich die Berufungssumme bestimmen.

2) Wird aus Veranlassung einer Klage auf einzelne Leistungen das Recht selbst, zufolge dessen dergleichen wiederkehrende Leistungen gebühren sollen, in Streit gezogen, so ist bei vorkommenden Rechtsmitteln nicht der Betrag der eingeklagten einzelnen Leistungen, sondern das die Quelle der Forderung bildende Recht, soweit es auch die Aufgabe der oberrichterlichen Prüfung und den Gegenstand der in Aussicht stehenden für künftige Fälle wirksamen Rechtskraft ausmacht, als Beschwerdegegenstand hinsichtlich der Berufungssumme anzusehen [95]). Dagegen kommt der Umstand, daß von dem in dem vorliegenden Prozesse zur Entscheidung zu bringenden Rechtsprinzip auch das Schicksal anderer gleichartiger Prozesse unter denselben Personen oder zwischen einer der Parteien und Dritten abhängt, zur Bestimmung dessen, was Beschwerdegegenstand sei, nicht in Betracht [96]).

3) Handelt es sich bei Forderungsklagen davon, daß der eine Theil eine Sache dem anderen zum Eigenthum überlasse [97]), so wird, um den Werth des Beschwerdegegenstandes festzustellen, die etwaige Gegenleistung nicht in Abzug gebracht, z. B. in Prozessen über Kauf und Ver-

95) Bl. f. RA. Bd. XI S. 198, Bd. XVI S. 30; Seuffert's Archiv Bd. I S. 306, Bd. X S. 147. So insbesondere, wenn auf Beweis des Rechtes selbst interloquirt worden ist. Bl. f. RA. Bd. VII S. 192. S. auch OAGAkt. Nr. $350^{51}/_{52}$. — Vgl. Stürzer Civilgerichtsverf. S. 793.

96) OAGE. vom 31. Okt. 1840 Nr. $26^{38}/_{39}$. Anderer Meinung — Pfeiffer a. a. O. S. 388—398.

97) Diese Beschaffenheit haben auch die Retraktsklagen, bei welchen auf den Werth der auszulösenden Sache gesehen wird. OAGE. vom 28. Nov. 1842 Nr. $676^{39}/_{40}$. Vgl. Nr. $486^{39}/_{40}$ und Nr. $556^{10}/_{41}$.

kauf nicht blos die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem wahren Werth der Sache als Beschwerdegegenstand angenommen, sondern dieser besteht in der Sache selbst resp. dem Kaufpreis [98]). Steht indessen nicht die Erfüllung des Vertrages im Ganzen in Frage, betrifft die Beschwerde ein diese nicht bedingendes Mehr oder Minder pekuniärer Leistung, oder handelt es sich von einer Entschädigung wegen Nichterfüllung, so bildet eben das in Frage befindliche Mehr oder Minder, oder der Entschädigungs-

98) Bl. f. RA. Bd. XX S. 64. Pfeiffer a. a. O. S. 301: „Bei einem Rechtsstreite über Verträge jener Art macht, wenn es hierbei auf die Erfüllung derselben, und nicht etwa blos auf eine deßhalb zu leistende Entschädigung, ankommt, die Sache selbst, deren eigenthümliche Ueberlassung beziehungsweise Erwerbung in Folge der Vertragserfüllung bezweckt wird, den eigentlichen Streit- und Beschwerdegegenstand aus; der Werth dieser Sache bestimmt daher zugleich das Interesse des Appellanten, welches sonach mit jenem Werthe zusammenfällt. Wollte man dieses nicht annehmen, so würde in den meisten Fällen, in denen auf Erfüllung eines zweiseitigen Kontraktes geklagt wird, und namentlich immer dann, wenn die Leistung des einen Kontrahenten mit der Gegenleistung des anderen in einem genau entsprechenden Verhältnisse steht, was man doch in der Regel als von den Kontrahenten beabsichtigt voraussetzen muß, gar kein Stoff zur Nachweisung eines besonderen, nach dem gemeinen Werthe anzuschlagenden, Interesses für den Appellanten übrig bleiben, und demzufolge das Ergebniß einer gerichtlichen Verhandlung in allen solchen Fällen auf den Ausspruch des Richters der untersten Instanz beschränkt sein, möchte auch der Vertragsgegenstand von noch so beträchtlichem Werthe sein." — Ueber Berufungssumme bei Rescissionsklagen wegen Verletzung über die Hälfte s. Seuffert's Archiv Bd. V S. 102.

betrag, soweit er der oberrichterlichen Entscheidung unterstellt wird, den Beschwerdegegenstand [99]).

4) Ist die Appellation eines Verpächters oder Vermiethers darauf gerichtet, daß der andere den Vollzug des Geschäftes weigernde Kontrahent zur Erfüllung angehalten werde, so besteht der Beschwerdegegenstand in der Summe der in der bedungenen Zeit anfallenden Pacht- resp. Miethgelder. Wenn auf der anderen Seite ein appellirender Pächter oder Miether ein oberrichterliches Urtheil auf Vertragserfüllung, nämlich auf Ueberlassung der vertragsmäßigen Nutzung oder Wohnung, erstrebt, so bildet der in Anspruch genommene vertragsmäßige Genuß und Gebrauch den Beschwerdegegenstand, über dessen Werth das verabredete Pacht- resp. Miethgeld [100]) zum Anhaltspunkte dient [101]); vorbehaltlich einer Schätzung, wenn sie der Appellant beantragt [102]). Für den Fall, wenn nicht die Erfüllung des Vertrages im Ganzen oder wenn nur eine Entschädigung wegen Nichterfüllung in Frage steht, gilt das hierüber vom Kaufe bemerkte [103]).

99) Pfeiffer a. a. O. S. 306.

100) D. h. die Summe des während der (durch Vertrag oder Herkommen) festgesetzten Dauer des Verhältnisses Anfallenden. Bl. f. RA. Bd. XX S. 64.

101) Es ist bezüglich der Berufungssumme ganz dasselbe Verhältniß, wie beim Kaufe; wer ein Grundstück auf 4 Jahre um jährliche 300 fl. gepachtet hat, ist so anzusehen, als ob er den Genuß der 4 Jahre um 1200 fl. gekauft habe.

102) Wenn er besonders wohlfeil gepachtet hat, so kann der Werth des Pachtgenusses, also des Beschwerdegegenstandes, mehr betragen, als das bedungene Pachtgeld. Bl. f. RA. Bd. XX S. 383.

103) Pfeiffer a. a. O. S. 305. Vgl. Bl. f. RA. Bd. V S 111.

5) Ist über alternative Leistungen erkannt, so kann der Beschwerdegegenstand immer nur in einer derselben resp. deren Werthe bestehen; und zwar, wo die Wahl dem Schuldner zustehen würde, in derjenigen von geringerem Werthe, weil mit dieser der Gläubiger befriedigt, der Schuldner befreit werden kann [104]). Anders verhält es sich im Falle der dem Berechtigten zustehendeu Wahl, oder wo gerade darüber, wem die Wahl zustehe, gestritten wird.

6) Bei Appellationen über Verwerfung von Einreden, deren Rechtsgrund sich auch zur Geltendmachung auf dem Wege der Klage eignet, kommt der etwaige Mehrbetrag der Gegenforderung [105]) nicht in Betracht [106]). Denn die Einrede soll ja nur Befreiung von der Klage, nicht eine Zuerkennung an den Beklagten wirken [107]).

7) Handelt es sich in der Beschwerdeführung nur von einem Theile eines Ganzen, so kann natürlich nicht dieses, sondern nur jener als Beschwerdegegenstand angesehen werden [108]).

---

104) Gönner im Handbuch IV S. 325; Pfeiffer a. a. O. S. 357—8. Beispiel: Reugeld, für den Rücktritt vom Vertrage bedungen. OAGE. in Nr. 1023$^{53}/_{54}$.

105) D. h. um wieviel die der Einrede zu Grunde liegende Gegenforderung den Betrag des Klaggegenstandes übersteigt.

106) Ueber den Fall, wenn die Gegenforderung zugleich widerklagsweise geltend gemacht wurde — vgl. Note 117 a. E. und Note 130.

107) OAGE. vom 12. Januar 1844 Nr. 196$^{11}/_{12}$. Folgeweise kann in Ansehung des Mehrbetrages die Verwerfung der Einrede auch keine Rechtskraft für die künftige Geltendmachung auf dem Wege der Klage äußern.

108) OAGE. vom 26. Juli 1842 Nr. 1506$^{10}/_{41}$.

Für die Berechnung der Berufungssumme gelten folgende Grundsätze:

1) „Alles dasjenige bleibt ausgeschlossen, was unter „den Parteien nicht mehr streitig ist. Auch Zinsen, Ko„sten, Schäden, Früchte — als Nebensache zu= oder ab„erkannt, kommen hiebei nicht in Anschlag [109]).

Ist der Rechtsgrund, aus welchem eine Sache gefordert wird, als richtig anerkannt, aber dessen Wirksamkeit durch eine Einrede beanstandet, so läßt sich nicht sagen, daß über die Sache selbst kein Streit mehr unter den Parteien, und die Beschwerdesumme nur nach dem Interesse, welches sich aus dem Inhalte der Einrede ergiebt, zu berechnen sei. Mag die Herausgabe auf dem Grunde einer verneinenden Kriegsbefestigung oder einer wahren Einrede verweigert werden, in beiden Fällen ist die Sache selbst Gegenstand des unter den Parteien obwaltenden Streites. Nur Beschwerdegegenstand ist sie nicht, wo der Beklagte blos darüber appellirt, daß seine auf einen Gegenanspruch gestützten Anträge nicht oder nicht gehörig gewürdigt worden, — indem aus dem Standpunkte dieser Beschwerde, die vom Kläger geforderte Sache resp. deren Retention nur als Mittel zum Zwecke des Gegenanspruchs erscheint.

Die Schlußworte des §en: „kommen hiebei nicht in Anschlag" sprechen es deutlich aus, daß die in dem zweiten Satze des §en enthaltene Vorschrift nur der Bildung der Berufungssumme durch Zusammenrechnen der Hauptsache und der bezeichneten Nebensachen, wo weder jene noch diese für sich die gesetzliche Summe erreichen, in den Weg treten soll. Verschieden von der Bil=

109) §. 58 der Nov. von 1837.

dung der Berufungssumme durch Zusammenrechnen ist die Erstreckung der Wirksamkeit der in Ansehung der Hauptsache allein oder der Nebensachen allein vorhandenen Berufungssumme auf die connexen Beschwerden, welche in Betreff des anderen, die Berufungssumme für sich nicht erreichenden Gegenstandes erhoben werden. Diese Wirkung der Konnexität ist vom Gesetze nicht ausgeschlossen [110]). Demzufolge findet die Berufung auch hinsichtlich der Nebensachen statt, wenn die Hauptsache für sich die Berufungssumme erreicht; eben so wird, wenn die zu- oder aberkannten Nebensachen für sich die Berufungssumme erreichen, auch die Beschwerde, welche in der für sich die Berufungssumme nicht erreichenden Hauptsache erhoben ist, an den Oberrichter devolvirt [110a]).

Hinsichtlich der mit dem Hauptstück geforderten Zinsen macht es keinen Unterschied, ob sie als bedungene oder wegen Verzugs resp. unbefugter Kapitalnutzung in Anspruch genommen sind. Die Vorschrift des Gesetzes gilt für beide Arten von Zinsen [111]). Bringt ein Geschäftsführer mit den Geldern, welche er für den Geschäftsherrn ausgelegt hat, auch die Zinsen davon in Rechnung, so ist dies Bestandtheil, nicht Nebensache der ihm gebührenden Schadloshaltung. Eben so wenig sind Zinsen, welche wegen versäumter Anlegung zu verwaltender Gelder begehrt werden, als Nebensache zu betrachten.

110) v. d. Pfordten in den Bl. f. RA. Bd. VIII S. 46. Vgl. dagegen OAGE. in Nr. $1515^{15}/_{16}$.

110a) Dagegen für den Fall, wenn mit einer hinsichtlich des Kostenpunktes platzgreifenden Beschwerde eine die Hauptsache betreffende, hinsichtlich welcher es an der Summe fehlt, zusammentrifft — ein OAGE. in den Bl. f. RA. Bd. XIII S. 57.

111) Lauk in den Bl. f. RA. Bd. V S. 263.

Auch die als Nebensache[112]) zu- oder aberkannten „Schäden" sollen bei Berechnung der Berufungssumme nicht in Anschlag kommen. Offenbar paßt dies nicht auf Fälle, in welchen eine zu leistende Entschädigung den oder einen Hauptgegenstand der Klage resp. Beschwerde bildet[113]). In Fällen solcher Art kann die fragliche Vorschrift auch nicht dazu dienen, die Rücksicht auf die accessorischen, als Nachwirkung der beschädigenden Handlung eingetretenen Nachtheile[114]) auszuschließen, deren Ersatz in Verbindung mit der Vergütung der „rei aestimatio" die als Hauptsache geforderte Leistung des „omne id quod interest" bildet.

Unter den Früchten[114a]), welche nicht in Anschlag kommen, sind auch die Rückstände an Renten und anderen gutsherrlichen Reichnissen begriffen, welche in dem Er-

112) Es handelt sich hier von Vergütung solcher durch die bisherige Entziehung der Hauptsache zugefügten Nachtheile, welche durch Zinszahlung oder Ersatz von Früchten nicht gutgemacht werden. Beschränkung auf die durch den Prozeß verursachten Schäden hat wohl der Gesetzgeber ebenso wenig hier beabsichtigt, als bei der gleichen Zusammenstellung der Schäden mit Zinsen, Kosten und Nutzungen in Nr. 1 §. 1 der Nov. von 1837.

113) Z. B. aus einem Pachtvertrage wurde a) rückständiges Pachtgeld, b) Entschädigung für Deteriorationen des Pachtgutes zuerkannt. Hier ist zwar die Entschädigung neben dem Pachtgelde, nicht aber als Nebensache zuerkannt worden. — S. auch Bl. f. RA. Bd. XXI S. 142; Seuffert's Archiv Bd. III S. 159.

114) Vgl. Fr. 22 §. 1 ad leg. Aquil. (9, 2); Fr. 13 ratam rem haberi (46, 8.)

114a) Geschlagenes Holz ist nicht blos als Frucht des Holzgrundes anzusehen. Bl. f. RA. Bd. X S. 32.

kenntnisse über das Recht selbst folgeweise zu- oder aberkannt wurden [115]).

Daß die Nebensachen verschiedener Art unter sich, z. B. zuerkannte Zinsen mit aufgebürdeten Kosten, zur Bildung der Berufungssumme zusammengerechnet werden, unterliegt keinem Bedenken [115a]). Das Gesetz untersagt nur die Zusammenrechnung des Betrags der Nebensachen mit dem Betrag der Hauptsache.

Wo vom Beklagten Vergütung für gehabte Auslagen an Zinsen, Kosten und Schäden begehrt wird, sei es auch in Verbindung mit dem Ersatz für einen als Hauptsache erscheinenden Gegenstand, da ist jene Vergütungsforderung nicht als Nebensache anzusehen, daher der §. 58 hierauf nicht anwendbar. — Ist auf dem Grunde einer unter den Parteien gepflogenen Abrechnung geklagt, so kann der Umstand, daß unter den Abrechnungsposten auch Nebensachen der hier in Frage befindlichen Art begriffen waren, nicht dazu dienen, das Vorhandensein der Berufungssumme zu beanstanden.

2) „Bei Klagen und Wiederklagen findet eine Zu„sammenrechnung der Klags- und Wiederklagssumme nicht „statt [116]).“ Ist die Berufungssumme bei einer derselben (Klage oder Wiederklage) nicht vorhanden, so kann diese nicht an den Oberrichter gebracht werden, wenn auch die andere, für sich allein, die Berufungssumme erreicht. In der Prüfung, ob die gesetzliche Summe vorhanden,

115) OAGE. vom 25. Januar 1841 Nr. $233^{32}/_{33}$; vom 16. Jan. 1841 Nr. $978^{34}/_{35}$; vom 11. Dez. 1840 Nr. $469^{35}/_{36}$; vom 16. Dez. 1842 Nr. $1414^{39}/_{40}$; vom 5. Okt. 1841 Nr. $507^{40}/_{41}$; vom 3. März 1843 Nr. $1289^{40}/_{41}$; vom 18. April 1842 Nr. $798^{41}/_{42}$.

115a) OAGE. in Nr. $1515^{15}/_{16}$ und Nr. $1^{53}/_{54}$.

116) Nov. v. 1837 § 62.

sind Klage und Widerklage immer gesondert zu betrachten [117]).

3) „Wenn mehrere Klagen, welche einerlei Ursprung „haben, auf eine nach GO. Kap. IV §. 9 erlaubte Weise „in einer Klagschrift vereinigt worden sind, so findet auch „zum Zwecke der Appellation die Zusammenrechnung der „Summe statt;" und zwar ohne Unterschied objektiver und subjektiver Klagenhäufung [118]).

117) Stürzer in den Motiven zum §. 62 und in den Verhandl. der K. d. A. von 1837 Beilag. Bd. VI S. 223. — Bei der bestimmten diesen Satz aussprechenden Erklärung des Regierungskommissärs, aus dessen Feder der Gesetzentwurf geflossen ist, kann man der abweichenden Ansicht v. d. Pfordten's (Bl. f. RA. Bd. VIII S. 39), welcher auch hier den Unterschied zwischen Zusammenrechnung und der Wirkung prozessualischer Konnexität geltend macht, nicht beipflichten. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 257 f. — Nach der oben im Texte adoptirten Ansicht hat auch das OAG. erkannt in Nr. $533^{38}/_{39}$ und $199^{15}/_{16}$. Bl. f. RA. Bd. IV S. 416. — Eine Ausnahme rechtfertigt sich jedoch in dem Falle, wenn sich der Ausspruch über die Widerklage nur als eine Folge des Ausspruchs in der Vorklage darstellt. Vgl. unten Note 130. — S. auch OAGAkt. Nr. $1665^{11}/_{12}$. Bl. f. RA. Bd. XI S. 247.

118) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 203. Vgl. OAGAkt. Nr. $427^{38}/_{39}$, Nr. $9^{39}/_{40}81$, $656^{38}/_{39}$, $471^{35}/_{36}$, $719^{39}/_{40}$. Ueber Berufungssumme bei successiv-kumulirten Klagen s. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 399. — Das Vorhandensein der Berufungssumme kann auch aus Rücksicht auf das Streitinteresse nicht appellirender Streitgenossen angenommen werden insofern der Sieg des appellirenden Streitgenossen den nichtappellirenden nützt. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 124. — Vom Zusammenrechnen bei Wildschadensforderungen, die von Mehreren gemeinschaftlich geltend gemacht sind, s. Art. 11 des Ges. v. 15. Juni 1850, Ersatz des Wildschadens betr.

Eine Verbindung mehrerer Klagen [119]) in derselben Klagschrift ist nicht blos dann zulässig, wenn sie einerlei Ursprung, z. B. in einem Vertrags- resp. Geschäftsverhältnisse haben, sondern auch außerdem, so oft nicht zu besorgen ist, daß durch die Verhandlung der mehreren Klagen in denselben Akten Unordnung im Prozeßgang entstehen werde [120]). — Die Zulässigkeit der Zusammenrechnung zur Bildung der Berufungssumme ist jedoch durch die deutliche Vorschrift des Gesetzes auf den Fall beschränkt, **wenn die mehreren Klagen einerlei Ursprung haben** [121]). — Eine Ausnahme hievon findet nur im Konkursprozesse statt, „wo nicht auf die einzelnen Forderungen eines Appellanten [121a]), sondern auf den Gesammtbetrag derjenigen seiner Forderungen gesehen wird, in Ansehung deren die Liquidität oder Priorität streitig ist [122]).“

119) Wenn aus einer unter den Parteien über mehrere Forderungen verschiedenen Ursprungs gepflogenen Abrechnung geklagt wird, so sind es nicht mehrere, es ist nur **eine** Klage, nämlich die aus der Abrechnung.

120) **Komment.** zur GO. Bd. II S. 192 f.

121) Z. B. aus einer vormundschaftlichen Verwaltung oder anderen fortlaufenden Geschäftsführung entspringen. — Einerlei Ursprung ist auch anzunehmen, wenn Gilt, Grundzins, Zehent, Frohndienste u. dgl. gegen mehrere Personen auf dem Grunde desselben Saalbuches, desselben eine ganze Markung oder einen Theil derselben umfassenden grund-zehent-vogteiherrlichen Verhältnisses in Anspruch genommen sind.

121a) Auch dann, wenn nicht ein Gläubiger, sondern der Kridar selbst im Punkte der Liquidität gegen Zwei oder mehrere Gläubiger die Berufung ergriffen hat, deren Forderungen zwar nicht einzeln, wohl aber zusammengerechnet die Berufungssumme erreichen, ist dem Erfordernisse der appellablen Summe Genüge geleistet. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 144.

122) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XI S. 78, Bd. 19 S. 80. Auch

Unzulässig ist es in der Regel, die Forderungen mehrerer Gläubiger, welche durch einen Ausspruch des Prioritätsurtheils eine gemeinschaftliche Beschwerde erlitten, zur Bildung der Berufungssumme zusammenzurechnen [123]), „Ausnahmsweise ist in Fällen, wo im Namen mehrerer „unter einer und derselben Verwaltung stehen„den Stiftungen in einer und derselben Berufungsschrift „und aus gemeinschaftlichen Gründen [124]) gegen „ein Prioritätsurtheil appellirt wird, die Beschwerdesumme „nicht nach den einzelnen Forderungen für jede einzelne „Stiftung, sondern nach der Größe aller Forderungen „der gemeinschaftlich appellirenden Stiftungen zu be„rechnen [125])."

4) Den Gegenstand mehrerer dieselbe Klagsache betreffenden Beschwerden, z. B. der mehreren Beschwerden über verschiedene Einreden [126]) zusammenzurechnen, unterliegt keinem Bedenken. Daß die thatsächlichen Gründe, z. B. der mehreren Einreden, denselben Ursprung haben

auf den Betrag derjenigen Forderung, deren Liquidität oder Priorität resp. Gleichstellung mit der Forderung des Appellanten bekämpft wird, kommt es an; wenn diese die Berufungssumme nicht erreicht, so kann der Appellant durch das oberrichterliche Urtheil nicht soviel erlangen, als die Berufungssumme beträgt. Pfeiffer a. a. O. S. 335.

123) Gönner in seinen und Schmidtlein's Jahrbüchern Bd. II S. 216.

124) Daß etwa für eine der Stiftungen noch besondere Gründe streiten, steht nicht im Wege.

125) Vgl. Gönner und Schmidtlein Jahrbücher Bd. II S. 220—1. Zusammenrechnen mehrerer Forderungen der Appellaten findet nicht statt. OAGE. in Nr. 1224 $^{50}/_{51}$.

126) Bl. f. RA. Bd. V S. 280. — Vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 250; auch Bd. II S. 438.

oder überhaupt unter sich materiell konnex sind, wird nicht erfordert. — Beziehen sich die mehreren Beschwerden auf einen und denselben Gegenstand [127]), so kann natürlich dessen Werth nur einmal in Anschlag kommen [128]). — Der Gegenstand formell unstatthafter Beschwerden bleibt außer Ansatz [129]).

Die Frage, ob und wiefern mehrere Wiederklags-Posten in der Beschwerdeführung zusammengerechnet werden können, richtet sich nach dem, was von der Zusammenrechnung mehrerer Klagen gilt. — Der Gegenstand einer Wiederklage kann so wenig, als mit dem Gegenstand der Klage, mit dem einer Einrede zusammengerechnet werden [130]).

127) D. h. Will im Endresultate mit der einen Beschwerde nur dasselbe erreicht werden, was die andere bezweckt, z. B. siegreiche Durchführung der Klage oder Entbindung von derselben in Betreff eines Gegenstandes resp. Betrages.

128) Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn einer eingeklagten Forderung a) die Einrede der Erlassung, b) die der Kompensation entgegengesetzt, und beide Einreden als völlig unbegründet verworfen wurden. Wird das Urtheil rechtskräftig, so muß der Beklagte jetzt den Betrag der eingeklagten Forderung zahlen, und kann auch die zum Zwecke der Kompensation geltend gemachte Gegenforderung, weil sie als unbegründet zurückgewiesen worden, nicht mehr auf dem Weg der Klage geltend machen. Demzufolge ist es allerdings zulässig, zum Behufe der Appellation gegen das bezeichnete Urtheil die Beträge von Forderung und Gegenforderung zusammenzurechnen. — Auch schon bei Interlokuten können solche Fälle der Zusammenrechnung vorkommen.

129) Pfeiffer a. a. O. S. 328—9.

130) Insofern die reconveniendo geltend gemachte Gegenforderung zugleich zur Einrede gebraucht ist, kommt das in §. 62 Abs. 1 ausgesprochene Verbot der Zusammenrechnung nicht

5) Verminderungen der Beschwerdesumme, welche sich durch partiellen Verzicht des Gegners nach Verkündung des beschwerenden Erkenntnisses ergeben, werden nicht beachtet; wohl aber Verminderungen durch einen von dem Appellanten eingegangenen Vergleich, oder durch den (vor Einreichung der Berufungsschrift [130a]) erfolgenden) Austritt eines Streitgenossen, wenn hiedurch bewirkt wird, daß der Geldwerth, welchen die erbetene Abänderung des vorigen Erkenntnisses verschaffen oder erhalten soll, die Berufungssumme nicht mehr erreicht [131]).

„Ohne Rücksicht auf eine Summe ist die Berufung „zulässig, wenn der Streit Rechte betrifft, welche eine bestimmte Schätzung nicht zulassen [131a]), insbesondere bei „Standesklagen, bei Streitigkeiten über das Eherecht, über „die Vaterschaft oder Kindschaft, über die väterliche Gewalt, über Ehrenbeleidigungen, insofern nicht wegen dieser blos auf Geldleistung geklagt ist [132]).“

zur Anwendung. Bl. f. RA. Bd. XI S. 43, 247. Vgl. Note 117 a. E.

130a) Vgl. GO. XV §. 9 Nr. 1: „durch die Appellation wird die Streitsache . . . . . an den höheren Richter devolvirt.“ Dieser Zeitpunkt entscheidet regelmäßig. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XXII S. 33 f.

131) Bl. f. RA. Bd. I S. 229, Bd. VIII S. 270, Bd. XV S. 240. Pfeiffer. a. a. O. S. 359. — Vgl. OAGAkt. Nr. 636³⁹/₁₀.

131a) Ueber den Fall, wenn es sich von einem nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Quantum handelt — s. Seuffert's Archiv Bd. IV S. 304; Bd. X S. 148. — Vgl. unten Note 136a.

132) Nov. v. 1837 §. 63. — Von dem Schlusse dieses §en: „und vorbehaltlich der Bestimmung des §. 54 Nr. 9“ wird unten zu §. 12 die Rede sein.

In der GO. Kap. XV §. 3 Nr. 6 war das Erforderniß der Berufungssumme vorgeschrieben

„mit Ausschluß der jurium incorporalium oder ande-
„rer nicht leicht in Anschlag zu bringenden Sachen."

Nach dieser Vorschrift kam es in allen Rechtsstreiten über Grunddienstbarkeiten und deutschrechtliche Reallasten auf eine Berufungssumme nicht an. Eine Beschränkung wurde durch den Landtagsabschied von 1831 eingeführt, in welchem unter III, 8 lit. c verordnet ist, daß

„Jährliche bestimmte Geld- und Naturalleistungen an
„die legale Summe gebunden sein,

und mit dem 25fachem Betrage der jährlichen Leistung in Anschlag kommen sollen.

Die Gesetzgebung von 1837 hat (§§. 59—61) das Erforderniß der Berufungssumme auf alle unkörperlichen Rechte, welche eine bestimmte Schätzung in Geld zulassen, ausgedehnt, so auf die eigentlichen Grunddienstbarkeiten, wie auf die mannigfachen Realrechte deutschen Ursprungs. Indessen war von dem kgl. Justizminister Frhrn. v. Schrenk in den Verhandlungen mit dem I. Ausschuß der Kammer der Abgeordneten [133]) anerkannt worden, daß für Handlohnsfälle, wenn es sich von dem Rechte der Handlohnbarkeit oder von einer gewissen Quote der Handlohns- [134]) Berechtigung handelt, die Vorschrift der Gerichtsordnung, nach welcher es auf die Appellationssumme nicht ankommt, noch fortbestehe [135]).

133) Beil. Bd. VI S. 220—1. Vgl. Stürzer in den Verhandl. der K. d. A. Bd. X S. 41 f.

134) Ueberhaupt von einer Modalität des Handlohnsrechtes.

135) Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 350, Bd. VII S. 400, Bd. VIII S. 312, 416. — Wenn das Gut selbst seinem Werthe nach die Berufungssumme nicht erreicht, so ist die Handlohnssache

Endlich bestimmt das Gesetz vom 23. Mai 1846:

Art. I. In Streitigkeiten über den Besitz oder Rechtsbestand eines bleibenden Rechtes auf wiederkehrende Leistungen oder Gegenleistungen an Geld, Naturalien oder Diensten ist künftig von dem Erfordernisse der Berufungssumme Umgang zu nehmen:

1) wenn der betreffende Anspruch aus dem Lehen-Grund-zehent-gerichts- oder standesherrlichen Verbande abgeleitet wird [135a];

2) wenn Grund- oder Bodenzinse, Gilten, Frohnen, Hut- und Weidegerechtigkeiten oder Forstrechte, oder die Gegenleistungen für solche Lasten aus einem sonstigen Grunde angesprochen werden [135b].

Art. II. In Streitigkeiten, in denen es sich nicht um das Recht auf die im Art. I. bezeichneten Leistungen oder Gegenleistungen sondern um Ausstände an solchen Gefällen oder Leistungen handelt, ist das Berufungsrecht an die gesetzliche Summe gebunden.

Das Erforderniß der Berufungssumme fällt weg bei Streiten über Rechte, welche keine bestimmte Schätzung zulassen, indem sie entweder, wie z. B. die persönliche Freiheit [136], eines Anschlags in Geld

nach mehreren Entscheidungen des OAG. nicht appellabel. OAGE. in Nr. $11^{32}/_{33}$; $639^{31}/_{35}$; $1058^{11}/_{42}$; $1062^{11}/_{42}$.

135a) Im Hinblicke auf die Bestimmungen des Bodenentlastungsgesetzes vom 4. Juni 1848, betr. die Fixirung des Handlohns, ist anzunehmen, daß obige Vorschrift auf Handlohnsprozesse nicht mehr anwendbar sei. Bl. f. RA. Bd. XV S. 29.

135b) Auf Streitigkeiten über Ehehaftsreichnisse nicht anwendbar. OAGE. in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. I S. 572, IX.

136) Berufungen gegen Erkenntnisse auf persönliche Verhaftung

überhaupt unfähig sind, oder zwar einen Geldwerth, aber keinen in bestimmter Größe aussprechbaren haben [136a]). Die Unmöglichkeit einer bestimmten Schätzung kann, wie Pfeiffer [137]) bemerkt, in sehr verschiedenen Beziehungen des Gegenstandes ihren Grund haben, z. B. in der Ungewißheit über den Umfang der Geltendmachung eines streitigen Rechtes, oder über die Wiederkehr der Anwendungsfälle, in der Ungewißheit über die Dauer der Ausübung, wenn deren Endpunkt noch von einem ungewissen Ereignisse abhängt, — oder in der Ungewißheit über die Grundlage oder den Maßstab einer Werthbestimmung für das streitige Recht u. dgl. [138]) — Läßt sich zwar der Werth des strei-

wegen Schulden sind ohne Rücksicht auf den Betrag der Schuld zulässig. Pfeiffer a. a O. S. 240—1.

136a) S. oben Note 131a. Die gesetzliche Bestimmung (§. 63 der Nov. v. 1837) setzt indessen voraus, daß der eine bestimmte Schätzung nicht zulassende Gegenstand der Beschwerde für den Beschwerdeführer überhaupt ein pekuniäres oder sonst ein privatrechtliches Interesse habe, indem bei dem gänzlichen Mangel eines solchen Interesse auch von einer Unschätzbarkeit des Beschwerdegegenstandes nicht die Rede sein kann. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 447.

137) a. a. O. S. 245.

138) Als Beispiele führt Pfeiffer a. a. O. S. 463 f. unter anderen an: Streitigkeiten über die Baupflicht, über die Berechtigung zu dem, in jedem Jahre wandelbaren Holzbedarf eines Gutes, über eine erst durch Rechnungsstellung auszumittelnde Schadloshaltung, über die Befugniß, eine gewisse Grundfläche zu bebauen, über die Verpflichtung zu lebenslänglicher Dienstleistung, über die Frage, ob die Verabreichung eines (die Berufungssumme erreichenden) Deputatholzes aus einem gewissen Forste zu geschehen habe u. s. w. — Streitigkeiten über den Umfang eines Realgewerbes hat

tigen Rechtes nicht in einer bestimmten Ziffer ausdrücken, wohl aber zur Gewißheit bringen, daß er auch im höchstmöglichen Anschlag die Berufungssumme nicht erreiche, so ist die Berufung für unzulässig zu achten [139]).

Standesklagen (act. praejudiciales) betreffen den bürgerlichen oder Familienstand einer Person. Es wurde versucht, den Begriff der Standesklage auch auf die Geltendmachung derjenigen Vermögensrechte zu beziehen, welche nur zum Vortheil bevorzugter Stände (Standesherrn, Adelige, Siegelmäßige) vorkommen; allein aus diesem Zusammenhange folgt keineswegs, daß solche Vermögensrechte keine bestimmte Schätzung zulassen [140]).

das OAG. denen beigezählt, welche keine bestimmte Schätzung zulassen. Bl. f. RA. Bd. VII S. 414. — Von der Berufung gegen Erkenntnisse, in welchen der Ersatz erlittener Verluste, vorgängig deren Liquidation, zuerkannt wurde — s. Bl. f. RA. Bd. VI S. 15. — Eine vorgängige Schätzung, zur Ausmittlung der Berufungssumme, kann hier nicht stattfinden.

139) Wenn aus Veranlassung eines Gilt-Nachlaßgesuchs das Recht, Nachlaß zu verlangen, in Frage gekommen ist, so ist die Berufungssumme nicht nach dem jetzt in Frage gestellten Betrage zu bemessen. Aber so viel steht fest, daß das Recht auf Nachlaß keinen höheren Werth haben könne, als das der ganzen Rente entsprechende Kapital ausmacht. Vgl. OAGE. v. 5. März 1839 Nr. 1110$^{37}/_{38}$, Nr. 1114 und 1116$^{37}/_{38}$. — Das Recht auf eine unständige nur bei dem Eintritte ungewisser Ereignisse nach aller Erfahrung seltener als jährlich anfallende Rente oder sonstige Reichniß kann auf keinen Fall über den Betrag des Kapitals angeschlagen werden, von welchem dieselbe Rente, wenn sie jährlich anfiele, den 4%tigen Zins ausmachen würde. OAGE. vom 31. Okt. 1840 Nr. 26$^{38}/_{39}$.

140) OAGE. vom 31. Okt. 1840 Nr. 26$^{38}/_{39}$.

Unter den im Gesetze erwähnten Streitigkeiten über das Eherecht sind diejenigen zu verstehen, welche das rechtliche Dasein oder die Fortdauer des Ehebandes oder die persönlichen Verhältnisse unter den streitenden Theilen betreffen. Streitigkeiten über die ehelichen Vermögensverhältnisse, über die das Vermögen betreffenden Folgen der Trennung der Ehe durch Tod oder Scheidung gehören nicht hieher.

Auch Streitigkeiten über außereheliche Vaterschaft können, ohne Rücksicht auf eine Berufungssumme an die höhern Instanzen gebracht werden[141]). Wurde nicht darauf angetragen, den Beklagten für den Vater des Kindes zu erklären, ist etwa das Kind schon gestorben[142]), bilden überhaupt nur die an Alimenten oder Schadloshaltung geforderten Geldbeträge den Gegenstand der Beschwerdeführung, so kommt es auf das Dasein der Berufungssumme an.

Handelt es sich nur von Vermögensrechten, welche die väterliche Gewalt mit sich bringt, so ist eine Streitigkeit der hier gemeinten Art nicht vorhanden.

Ist in einer Injuriensache zwar nicht blos auf

141) OAGE. vom 8. März 1842 Nr. $297^{10}/_{11}$. Wenn auch nicht von einem wahren Status, handelt es sich doch von der Anerkennung eines Verhältnisses, dessen Folgen sich nicht in das Maaß einer bestimmten Zahl bringen lassen.

142) OAGE. vom 11. Mai 1832 Nr. $782^{31}/_{32}$. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 14, 331. Daß es auch nach dem Tode des Kindes ein Ehrenpunkt für den Beklagten ist, von der Vaterschaft freigesprochen zu werden, kommt eben so wenig in Betracht, als die Rücksicht auf den kaufmännischen Kredit, welcher etwa durch eine Verurtheilung in einer Schuldklage leiden könnte. — Vom Einfluß des nach eingereichter Berufung erfolgten Todes des Kindes s. Bl. f. RA. Bd. XXII S. 33.

eine Geldleistung geklagt worden, die Beschwerdeführung aber betrifft nur den Geldpunkt, so muß zufolge der allgemeinen Grundsätze die Berufungssumme vorhanden sein.

Ueber Ausmittlung des Vorhandenseins der Berufungssumme, wo es darauf ankommt, gelten folgende Grundsätze:

1) der Oberrichter hat auf das Dasein der Berufungssumme von Amtswegen Rücksicht zu nehmen; der Umstand, daß die Formalien von Seite des Appellaten nicht beanstandet werden, ist für die Zulassung der Berufung im Allgemeinen nicht entscheidend[143]). Wurde jedoch in Fällen, in welchen es sich weder von Geld- noch von Naturalleistungen handelt, über den Werth des Beschwerdegegenstandes von dem einen Theile eine bestimmte Angabe gemacht, und die Richtigkeit dieser Angabe von dem Gegner nicht in Zweifel gezogen[144]), so ist dieselbe bei

143) Bl. f. RA. Bd. IV S. 105 f.

144) „Gegenstände, deren Werth nicht angegeben oder anerkannt ist." Gegenüber von „angegeben" kann das Wort „anerkannt" nicht soviel als „notorisch" bedeuten, sondern nur auf eine Erklärung des Appellaten bezogen werden. Die Angabe des Werthes von Seite des Appellanten soll genügen, wenn ihr die Richtanerkennung von Seite des Appellaten nicht in den Weg getreten ist. Die Fassung des Gesetzes spricht dafür, den Ausdruck „nicht anerkannt" als Bezeichnung ausdrücklicher Beanstandung zu nehmen. — Auch die Natur der Sache rechtfertigt, das Stillschweigen der Nebenverantwortung auf die Werthsangabe der Berufungsschrift als Anerkennung aufzufassen. — Uebrigens kann natürlich bei Berufungen an die dritte Instanz, wo der Oberappellat mit einer Nebenverantwortung

Beurtheilung der Berufungssumme zu Grunde zu legen[145]).

2) Aus der Vorschrift:

„Gegenstände, deren Werth nicht angegeben oder „anerkannt ist, ... werden gerichtlich geschätzt.“ ergiebt sich der Folgesatz, daß der Appellant nicht verbunden ist, in der Berufungsschrift eine Angabe des Werthes zu machen, und das Dasein der Berufungssumme darzulegen. Das Stillschweigen der Berufungsschrift über diesen Punkt ist unschädlich.

3) Ist nach Beschaffenheit der Sache zur Ausmittlung, ob die Berufungssumme vorhanden oder nicht, eine Schätzung erforderlich[146]), so wird diese vom Oberrichter durch eine Zwischenverfügung dem Gerichte I. Instanz aufgetragen[147]). Die Schätzung soll nach „den gesetzlichen Vorschriften über Schätzungen“ geschehen. Jede Schätzung ist ein Gutachten von Sachverständigen. Die GO. XII

nicht gehört wird, dessen Stillschweigen auf die in der Oberberufungsschrift gemachte Werthsangabe nicht als Anerkennung gelten.

145) §. 61 der Nov. v. 1837.

146) War die Sache schon bei einer früheren Appellation in demselben oder einem konnexen Rechtsstreite geschätzt worden, und es wird die frühere Schätzung von keiner Seite beanstandet, so kann dieselbe auch in der neuerlichen Berufung zu Grunde gelegt werden. Vgl. OAGE. vom 10. Aug. 1841 Nr. $896^{10}/_{11}$.

147) Bl. f. RA. Bd. IV S. 108 Note 10. Die frühere Praxis, dem Appellanten die Nachweisung der Berufungssumme aufzugeben, kann nach Vorschrift der Novelle nicht mehr platzgreifen. S. hierüber die Bl. f. RA. a. a. O. S. 107—8.

§. 3 Nr. 2 [148]) bestimmt, daß überall, wo es auf die gutachtliche Meinung von Sachverständigen ankommt, in wichtigen Sachen allezeit zwei zu vernehmen seien, in kleineren aber, oder wo nicht mehrere gelegenheitlich zu haben sind, die Zuziehung eines einzigen genüge. Da es hier vor der Schätzung ungewiß ist, ob die Sache zu den kleineren gehöre oder nicht, so sind, außer dem Nothfalle (wo nicht mehr als einer zu haben ist), zwei Sachverständige zu hören, welche der Richter wählt [149]). Beide Theile sind berechtigt, bei Aufnahme der Schätzung gegenwärtig zu sein; auch können sie gegen die Werthserhebung sogleich am Schätzungstermine oder innerhalb einer kurzen auf Antrag zu bewilligenden Frist Erinnerungen machen [150]). Es handelt sich hier von einem Incidentverfahren, welches summarisch zu pflegen ist. Von dem gerichtlichen Augenschein zum Zwecke der Schätzung kann Umgang genommen werden, wenn kein Theil darauf besteht und über die Identität des Gegenstandes kein Bedenken obwaltet [151]). Ueberhaupt hat der Richter das Verfahren so zu leiten, daß einerseits keinem Theil Anlaß zur Beschwerde gegeben,

148) Diese Gesetzstelle, nicht der §. 87 der Novelle von 1837, dient zur Richtschnur. Reskript des Justiz-Ministeriums vom 23. Sept. 1839. S. Bl. f. RA. Bd. IV S. 377—8.

149) Kreittmayr in den Anmerk. zum LR. Th. IV Kap. 3 §. 4 Nr. 8; Komment. zur GO. Bd. III S. 324 f.

150) Diese Erinnerungen können etwa den Oberrichter zur Anordnung einer Ergänzung, oder auch dazu veranlassen, das Dasein der Berufungssumme als zweifelhaft anzusehen, und demzufolge, da „größere Weitläufigkeit" vermieden werden soll (Anmerk. zu Kap. XV §. 11 lit. a in fine), die Berufung zuzulassen.

151) Vgl. Bl. f. RA. Bd. IV S. 110 mit S. 23.

anderseits unnöthige Kosten [152]), zumal bei Sachen von minderem Belange, vermieden werden.

Im Falle wesentlich d. h. über das Dasein der Berufungssumme abweichender Meinungen der Sachverständigen wird gemeinhin ein Durchschnitt gezogen [153]). Da aber die fragliche Differenz das Dasein der Berufungssumme als zweifelhaft erscheinen läßt, so scheint es richtiger, die Berufung in solchem Falle, ohne Rücksicht auf das Ergebniß des Durchschnittes zuzulassen [154]).

Fällt die Schätzung gegen das Vorhandensein der Berufungssumme aus, so ist es sachgemäß, den Appellanten (Revidenten) zur Erklärung aufzufordern, ob er noch auf dem Rechtsmittel bestehe [155]).

4) Durch die Schätzung ist der Verkehrswerth des Gegenstandes, d. h. der durch Veräußerung erzielbare — zu erheben. Demnach kommen bei Grundstücken alle die Momente in Betracht, welche nebst Umfang und Bodengehalt, auf die Preisbestimmung Einfluß haben, insbesondere die Lage, welche das Grundstück als Bauplatz qua-

152) Da der Richter bei diesem Zwischenverfahren von Amtswegen verfährt, so sind die Kosten einstweilen von beiden Theilen vorzuschießen resp. zu erheben. GO. XII §. 3 Nr. 5 Wo indessen der eine Theil durch Behauptung eines höheren Werthes, als unter den Betheiligten, z. B. durch Verabredung des Kaufpreises, angenommen ist, einen besonderen Anlaß zur Schätzung giebt, da geschieht diese auf seine Kosten.

153) OAGE. in $481^{38}/_{39}$ und $897^{38}/_{39}$.

154) GO. Kap. XV §. 11 Nr. 2. „Im Falle aber die Formalien in Richtigkeit oder wenigstens zweifelhaft sind, so kann er über die Hauptsache selbst sprechen."

155) OAGEntschl. vom 9. März 1841 Nr. $852^{38}/_{39}$.

lificirt oder ihm wegen seiner Eigenschaft als Pertinenz oder Theil eines Ganzen, wegen der Angränzung an Gebäude oder Fabrikanlagen, wegen Anstoßen an ein fließendes Wasser u. dgl. objektiv einen höheren Werth giebt[156]). Dagegen ist das höhere Interesse, welches die Sache nur subjektiv für den Appellanten wegen von ihm beabsichtigter Unternehmungen oder wegen besonderer Verhältnisse und Beziehungen, oder gar aus Affektionsrücksichten hat, nicht in Anschlag zu bringen. Der Beschwerde-Gegenstand soll der Schätzung unterworfen werden, nicht aber dasjenige, was dem Appellanten in Folge des beschwerenden Erkenntnisses, dessen Rechtskraft vorausgesetzt, an Nebenschäden zugehen, an accessorischen Gewinn entgehen würde. Die Einrechnung der „Schäden" ist vom Gesetze ausdrücklich für unstatthaft erklärt[157]). Uebrigens wurde schon früher bemerkt, daß diese Vorschrift auf Rechtsstreite, in welchen die Erstattung des gesammten Interesse und etwa die Vergütung des Affektionswerthes einer Sache den Hauptgegenstand bildet, — keine Anwendung finde[158]).

5) Nicht blos körperliche Sachen, auch Rechte (s. jedoch unten Nr. 6) werden, um das Dasein der Berufungs-

156) Vgl. v. Holzschuher's Referat (Verh. von 1837 Beilag Bd. VI S. 124): „Der Werth in concreto, nämlich nach der, wenn gleich nur zufällig, durch Lage und Umgebung erhöheten oder verminderten Nutzbarkeit eines Hauses, Grundstücks u. dgl. kann ohne offenbare Ungerechtigkeit nicht unbeachtet bleiben." Diese Aeußerung des Referates blieb, obwohl gegen eine Stelle der Motive des Gesetzentwurfes gerichtet, ohne Erinnerung von Seite des Regierungskommissärs Stürzer.

157) §. 58 der Novelle von 1837.

158) S. oben S. 45.

summe zu ermitteln, gerichtlich geschätzt. Insbesondere gilt dies auch von Rechten auf Naturalleistungen, sofern es dabei an der im §. 60 der Novelle vorausgesetzten Bestimmtheit und Gleichheit der jährlichen Leistung fehlt [159]).

„Grunddienstbarkeiten sind in der Art zu schätzen, daß „ermittelt werde, um wieviel das Grundstück des appellirenden Theiles durch das gravirliche Erkenntniß am Werthe „verlieren würde; wenn sich dieses aber nicht ausmitteln „läßt, so gilt der Werth des Grundstückes des Appellanten „als Streitsumme [160]).“

Gemäß dieser Vorschrift kann sich ein verschiedenes Resultat ergeben, je nachdem der Eigenthümer des herrschenden oder jener des dienenden Grundstückes appellirt. Appelliren beide Theile, so findet eine zweifache Schätzung statt, nach welcher die Berufung des einen als zulässig, die des andern als unzulässig erscheinen kann [161]).

6) „Jährliche Renten oder Zahlungen in „Geld werden als vierprozentige Zinsen angesetzt, und „hienach als Kapital berechnet [162]).“

159) Motive zu §§. 58—63 lit. a. Bl. f. RA. Bd. V S. 278, Bd. VI S. 128. In Ansehung der Frage, ob reale Handwerks-, Handels- oder Wirthschafts-Gerechtsame zu schätzen oder für unschätzbar zu achten seien, schwankt die oberstrichterliche Praxis. Vgl. OAGAkt. Nr. 691 40/41 und Nr. 664 42/43. Bl. f. RA. Bd. X S. 96. Das Erstere entspricht der Natur der Sache.

160) §. 61 Abs. 3 der Novelle von 1837.

161) Vgl. OAGAkt. Nr. 1124 39/40. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 142. — Nicht entgegen steht die Vorschrift: „Eine nochmalige Schätzung zum Behufe der zweiten Berufung findet nicht statt.“ Diese bezieht sich nur auf die Oberberufung, von welcher unten §. 12. —

162) Vgl. indessen oben S. 53 die Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Mai 1846.

Diese Vorschrift paßt nicht mehr auf Grundzinsen und Ewiggilten (s. S. 53), wohl aber auf Leibrenten [162a]), auf ablösbare [163]) wie auf unablösbare Reichnisse, nicht aber auf jährliche Zahlungen, deren Endpunkt in einem Kalendertage, festgesetzt ist [164]). Diese sind, wie Partialzahlungen eines Kapitals, zusammenzurechnen. — Bei Geldreichnissen, welche in kürzeren als Jahresfristen zu leisten sind, wird die Summe der in einem Jahre zu entrichtenden Zahlungen als Jahresrente angesetzt.

„Naturalleistungen werden nach zehnjährigen „Durchschnitts-, Markts- oder laufenden Preisen angeschla- „gen, und hienach ihr Kapitalwerth mit dem 25fachen Be- „trage berechnet (§. 60)."

Der Durchschnitt wird aus den Mittelpreisen gezogen, welchen die fraglichen Naturalien in der dem Lieferungsorte zunächst gelegenen Schranne während der Lieferungszeit [165]) gehabt haben. Lassen sich diese Schrannenpreise auf zehn Jahre zurück nicht ermitteln, oder steht der Lieferungsort in keinem Verkehr mit einer Schranne, so geschieht die Berechnung nach den laufenden Preisen, wie sich etwa solche bei Versteigerungen, insbesondere von Seite der Rentämter, Guts- und Stiftungsverwaltungen, ergeben haben. Amtliche Korrespondenz mit Ortspolizeibehörden, Finanzkammern, Rentämtern — dient zur Erhebung der erforderlichen Thatsachen. Vgl. übrigens oben S. 53.

162a) Von eingeklagten Besoldungsraten s. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 30.

163) Ist im gegebenen Falle die Ablösung mit dem zwanzigfachen Betrage bedungen, so muß dieser Maßstab auch hinsichtlich der Berufungssumme zur Anwendung kommen.

164) Z. B. jährlich 12 Gulden bis zum Jahre 1850.

165) Z. B. vom Martin's- bis Andreastag.

IV.

Kompetenz zur Beurtheilung der Berufungs-Zulässigkeit.

In Nr. 8 des vorliegenden §. 3 verordnet die Gerichtsordnung:

„Ergiebt sich der Zweifel, ob die Sache für appella-„bel zu halten oder zu dem effectus suspensivus „qualifizirt sei, so hat nicht der untere, sondern der „obere Richter hierüber den Ausspruch zu thun.“

Diese Vorschrift gilt sowohl in Betreff des Daseins der Berufungssumme, als bezüglich der Einhaltung der Nothfrist [166]), von welcher unten §. 6 das Nähere vorkommt; ferner für die Beantwortung der oben S. 30—32, Nr. 1, 3 bezeichneten Zulässigkeits-Frage. Was hingegen

a) die Frage angeht, ob selbstständige Berufung zulässig sei, so hat das Gericht erster Instanz bei den gegen die Vorschrift des §. 51 ergriffenen Berufungen den Appellanten in einer motivirten Entschließung [167]) abzuweisen und nach Lage des Prozesses weiter in der

166) Indessen steht es mit obiger Vorschrift nicht im Widerstreite, stellt sich vielmehr als zweckgemäßig dar, wenn der Unterrichter, bei offenbarem Mangel der Berufungssumme oder offenbarer Versäumniß der Nothfrist, ohne Instruirung des Berufungsverfahrens die Akten sofort an den Oberrichter einsendet.

167) Zur Motivirung genügt die Bezugnahme auf die betreffende Gesetzstelle (§. 51). — Wo indessen die Anwendbarkeit der fraglichen Gesetzstelle auf den gegebenen Fall als zweifelhaft erscheint, ist die Beifügung besonderer Entscheidungsgründe zu empfehlen, jedoch nicht in der Art nothwendig, daß wegen Ermanglung derselben die Aufhebung dieses Ausspruches verfügt werden könnte. Bl. f. RA. Bd. V S. 123—4.

Sache zu verfahren [168]). — Hat der Richter I. Instanz die gebührende Abweisung unterlassen [169]), und die Akten zur oberrichterlichen Entscheidung vorgelegt, so hat nun der Oberrichter die Zurückweisung auszusprechen und das weitere Verfahren anzuordnen [170]). — Von der Anwendung dieser Vorschrift darf sich der Unter= resp. Oberrichter nicht dadurch abhalten lassen, daß die unzulässige Zwischenberufung unter der Firma einer Nullitätsquerel oder Extrajudizialbeschwerde eingeschwärzt werden will [171]).

Gegen den Ausspruch der ersten (oder zweiten) Instanz, daß selbstständige Berufung unzulässig sei, findet nur Verwahrung, nicht Beschwerdeführung an den höhern Richter statt [172]). Wurde jedoch die Berufung gegen einen Gerichtsbeschluß, welcher die Wirkung eines Enderkenntnisses (vim definitivae) hat [173]), irrthümlich als unzu=

168) §. 24 der Novelle von 1819 vgl. mit §. 53 Nr. 7 der Novelle von 1837.

169) Etwa weil sich die Zulässigkeitsfrage als zweifelhaft dargestellt hat. Vgl. unten §. 12 Note 4.

170) OAGE. vom 26. Juli 1836 Nr. 166 28/29; vom 30. Dez. 1829 Nr. 1156 28/29. — Gönner im Komment. zur Nov. von 1819 S. 370; Bl. f. RA. Bd. III S. 59, 383.

171) OAGE. vom 20. Jänner 1843 Nr. 806 41/42. Nicht nach dem Rubrum, sondern nach der Natur des eingewandten Rechtsmittels hat sich das richterliche Verfahren zu bestimmen. Was in fraudem legis geschieht, ist eben so zu beurtheilen, als ob geradezu contra legem gehandelt worden. Bl. f. RA. Bd. III S. 284—6.

172) Landtagsabschied von 1831, III, 8 lit. e; §. 53 Nr. 7 der Nov. von 1837. OAGPlenarbeschluß v. 14. Nov. 1851 (RBl. S. 1323). — Eine hienach unzulässige Beschwerdeführung an den höheren Richter ist wie eine gegen die Vorschrift des §. 51 ergriffene Berufung zu behandeln.

173) Z. B. der Ausspruch im Provokationsverfahren, daß Provo=

lässig zurückgewiesen, so kann die Beschwerdeführung dagegen nicht versagt werden [174]).

b) Ueber die Kompetenz zur Beurtheilung des Suspensiveffektes einer Berufung verordnet der §. 66 Abs. 3 der Novelle von 1837:

„In allen Fällen, in welchen die Gesetze ausdrücklich „der Appellation den Suspensiveffekt versagen, hat „der vorige Richter ohne Rücksicht auf etwaige Appel„lation sein Urtheil zu vollziehen."

Hiedurch ist dem Unterrichter die Kognition über Bewilligung der Suspensivkraft eingeräumt, und nur in solchen Fällen, wo sich die Beantwortung dieser Frage als zweifelhaft darstellt, hat er die Entscheidung dem Oberrichter anheimzustellen.

§. 4.

Von dem judice a quo et ad quem, und von den Appellationsinstanzen.

Gegen Aussprüche des obersten Gerichtshofes, wie in Ermangelung der Revisionssumme gegen Aussprüche der Obergerichte, findet keine weitere Berufung, daher auch keine Verwahrung statt. Inwiefern eine Erklärung resp.

kat die Klage bei Vermeidung ewigen Stillschweigens binnen vorgesteckter Frist anzustellen habe. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 129. — In einem andern Falle war die Berufung gegen ein Erkenntniß auf Leistung des Reinigungseides vom Obergericht als unzulässig zurückgewiesen worden. Der selbstständigen Beschwerdeführung gegen diese Zurückweisung wurde vom OAG. auch in diesem Falle stattgegeben. Ebd. Bd. IX S. 110.

174) Vgl. OAGE. vom 26. April 1842 Nr. 253 37/38 und vom 27. Jänner 1844 Nr. 1663 42/43. Soll der §. 53 Nr. 7 zur Anwendung kommen, so muß es sich von der Berufung gegen einen Gerichtsbeschluß handeln, auf welchen jeden-

Erläuterung solcher Aussprüche höchster Instanz gesucht oder dagegen remonstrirt werden könne, ist im Kap. XIV §. 9 (vgl. mit §. 1 desselben Kap.) vorgekommen.

In den Bd. I S. 269 unter lit. b aufgezählten Fällen delegirter Jurisdiktion geht die Appellation gegen Erkenntnisse des delegirten Richters an den delegirenden. Die in der GO. (Nr. 6 des vorliegenden §en aufgestellte Regel:

„Von delegirten Richtern oder Kommissarien soll un-
„mittelbar an des Deleganten nächsten obern Richter
„appellirt werden."

findet heutzutage nur in dem Falle Anwendung, welcher in Bd. I S. 272 lit. e erwähnt ist [1]).

§. 5.

Von der Appellationsschrift.

(Hiebei auch von der Extrajudizial-Appellation und von der Begründung der Appellation durch neues Vorbringen).

I.

Uebergabe und Inhalt der Appellationsschrift.

„Der Appellant muß die Appellationsschrift an den „höhern Richter [1]) bei dem Gerichte erster Instanz überge-

falls zur definitiven Erledigung der vorwürfigen Sache noch ein weiterer zu folgen hat, es mag nun dem in dem Gerichtsbeschlusse Verfügten von Seite der Parteien Folge gegeben werden oder nicht. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 129—31, Bd. IX S. 110.

1) Daß ein Obergericht eine Rechtssache, für welche es selbst in erster Instanz zuständig ist, einem Untergerichte auch zur Entscheidung übertrage, ist heutzutage unstatthaft. S. Bd. I S. 268 f; insbesondere Note 10.

1) Ist die Berufungsschrift statt an das Appellationsgericht, an

„ben [2]), in mündlich zu Protokoll verhandelten Sachen „kann die Beschwerde in gleicher Art aufgenommen wer„den.“ — Es ist nicht nothwendig, dem Beschwerdelibelle Urtheilsabschriften beizulegen.

Durch diese Vorschrift der Novelle vom 22. Juli 1819 (§. 23) ist den Bestimmungen der GO. XV §. 5 Nr. 1 und 2, welche die Einreichung bei dem höhern Richter und die Beilegung von Urtheilsabschriften verordneten, derogirt worden.

In der Appellationsschrift [3]) sind die Beschwerden [4]), welchen der Oberrichter abhelfen soll, deutlich und speziell zu bezeichnen [5]). Wenn jedoch, „worin Appel-

die Regierung gerichtet, so kann nach dem die Einreichung nicht dazu dienen, die Nothfrist zu salviren. OAGE. v. 30. Aug. 1831 (Nr. 994 30/31). In einem andern Fall war nach der entgegengesetzten milderen Ansicht erkannt worden. Bl. f. RA. Bd. X S. 127.

2) S. jedoch unten §. 7. I a. E. und §. 8. Beschwerdeschriften wegen Versagung des Suspensiveffektes und Verzögerung der Akteneinsendung werden bei dem Oberrichter eingereicht.

3) So lange die Nothfrist (§. 6) läuft, sind Nachträge zulässig, durch welche etwaigen Mängeln der Appellationsschrift abgeholfen werden kann.

4) GO. XV §. 5 Nr. 3. 4. Die hier vorkommende Unterscheidung zwischen Appellationsschrift und libellus gravaminum ist der heutigen Praxis fremd. — Bei protokollarischer Aufnahme der Beschwerden muß der Richter, wenn der Appellant eine der Rechte unkundige Person ist, auf spezielle und deutliche Aufstellung der Beschwerden von Amtswegen Bedacht nehmen. Gönner im Komment. S. 361.

5) Der Aufstellung der Beschwerden eine Rechtfertigung der Förmlichkeit voranzuschicken, ist nicht vorgeschrieben, aber räthlich, zumal bei obwaltenden Zweifeln.

lant eigentlich gravirt zu sein glaubt," aus der vorgetragenen Ausführung und der Bitte der Berufungsschrift deutlich erkannt werden kann, so gereicht der Mangel einer formellen Aufstellung spezieller Beschwerdepunkte nicht zum Nachtheile[6]). Dagegen ist eine vorläufige Appellationsinsinuation, d. h. die bloße Erklärung, daß man sich durch ein Erkenntniß beschwert halte und dagegen die Berufung ergreife, nicht hinreichend[7]), auch wenn sie unter Bezugnahme auf die Vorakten geschieht, und aus der Vergleichung dieser mit dem Erkenntnisse die Beschwerdepunkte unzweideutig erkannt werden könnten[7a]). Wohl aber kann durch die Bezugnahme auf die Vorakten die Beschwerde-Ausführung[7b]) ersetzt werden, welche überhaupt kein wesentlicher, die Wirksamkeit des Rechtsmittels bedingender Bestandtheil der Berufungsschrift ist[8]).

Steht eine Partei in Besorgniß, daß der Richter eine

6) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 412. Räthlich ist es immer, die formelle Aufstellung spezieller Beschwerdepunkte nicht zu unterlassen.

7) D. h. Sie kann die Desertion des Rechtsmittels nicht abwenden, wenn die specielle Angabe und Ausführung der Beschwerden erst nach Ablauf der Nothfrist nachgetragen wird.

7a) Ist gegen den Ausspruch des vorigen Richters zunächst remonstrirt oder Restitution gesucht, und eventuell die Ergreifung der Appellation erklärt, so ist das in der Remonstration resp. dem Restitutionsgesuch Vorkommende auch als Vorbringen für die Berufung anzusehen. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 60. S. auch ebd. Bd. XVI S. 30.

7b) Ueber unrichtige Ausführung gegründeter Beschwerden s. ebd. Bd. XI S. 143. Vgl. unten Komment. zu §. 11 Nr. 2.

8) Gönner im Komment. zur Nov. von 1819 S. 353—61. — Bl. f. RA. Bd. IX S. 40.

sie beschwerende Verfügung treffen werde, so kann sie mit der Verwahrung gegen die besorgte Verfügung, für den Fall der Erfolglosigkeit der Verwahrung, vorsorglich die Berufung (de gravamine futuro) verbinden [9]). — Von einer in der Zukunft liegenden Beschwerde kann auch in den oben §. 3, II S. 39 Nr. 2 bezeichneten Fällen hinsichtlich der künftig verfallenden Leistungen gesprochen werden [10]). Was in Fällen solcher Art hinsichtlich der Berufungssumme gelte, wurde a. a. O. bemerkt; in Betreff der Nothfrist findet hier eine Begünstigung nicht statt.

II.

Von der Extrajudizialappellation [11]).

Die Extrajudizialappellation, wie sie sich in der deutschen Praxis gebildet hat und wie sie in der GO. erscheint [12]), war vorzugsweise zur Hülfe gegen Zumuthungen und Einschreitungen bestimmt, welche zwar in Betreff von Privatrechtsverhältnissen, aber ohne vorgängiges kontradiktorisches Verfahren vom Richteramte ausgehen; insbesondere gegen Belastungen von Gutshintersassen, welche vordem zum Vortheil des Gutsherrn von diesem selbst, in seiner Eigenschaft als Gerichtsherr, außerhalb Gerichts,

9) GO. XV §. 5 Nr. 5 vgl. mit den Anmerk. zu dieser Stelle und dem in diesen allegirten Seyfart Kap. XXVII §. 12.

10) Stürzer Civilgerichtsverf. S. 793.

11) GO. XV §. 5 Nr. 6: „Es kann auch von einem gravamine extrajudiciale, welches zwar extra viam et ordinem processus, jedoch in Kraft obrigkeitlichen Amtes verhängt wird, allerdings appellirt werden."

12) Vgl. Linde im Handbuch Bd. V §§. 219—21 mit Kreittmayr's Anmerk. zu GO. XV §. 5 lit. f und den daselbst angef. Schriftstellern.

d. h. ohne daß ein Prozeß darüber geführt worden, ungebührlich verfügt worden [13]). Geschieht die Erlassung solcher Machtbefehle von Seite eines Gerichts auf einseitigen Antrag eines zu seinem Vortheil dabei Betheiligten, so treten die Grundsätze vom Mandatsverfahren in Anwendung, zufolge welcher nach erfolgloser Remonstration Judizialappellation stattfindet [14]). Wurde aber der Machtbefehl ohne Veranlassung durch Klagstellung ertheilt, z. B. einer Person, welche nach Obervormundschaftsakten als Schuldner eines Pfleglings erscheint, die Berichtigung der Schuld von Amtswegen aufgetragen, so ist die Extrajudizialappellation das geeignete Rechtsmittel [15]). Im Uebrigen sind von der Sphäre der Extrajudizialappellation alle diejenigen Verfügungen ausgeschlossen, welche der Richter in Verhandlung und zur Entscheidung einer Civilprozeßsache erläßt. Es geht nicht an, Berufungen gegen Zwischenbescheide und einfache Dekrete, welche nach den oben zu §. 3, 1 vorgetragenen Erörterungen unzulässig sind, unter der Firma von Extrajudizialbeschwerden einzuschwärzen [16]). Daß der Richter in Verhandlung einer

13) Allerdings konnte nur Verfügungen des Gerichts, nicht aber Verfügungen des Gerichtsherrn als gerichtliche angesehen werden. Kreittmayr, oder vielmehr die von ihm ohne Kritik in den Anmerkungen excerpirten Schriftsteller haben nicht so genau unterschieden.

14) Komment. Bd. II S. 260. — S. auch oben Bd. IV S. 11—12.

15) Vgl. Bl. f. RA. Bd. IV S. 171—3.

16) OAGE. vom 20. Jan. 1843 Nr. 806 41/42. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 10, Bd. XVI S. 330. Auch nicht unter der Firma von Nichtigkeitsbeschwerden oder Beschwerden wegen Verzögerung oder Verweigerung der Justiz. Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 284. 383. — Wird auf der anderen Seite eine

Civilprozeßsache die vom Gesetze vorgezeichnete Ordnung verletzt und auf unrechte Wege sich verirrt, begründet keine Extrajudizialbeschwerde, giebt vielmehr Anlaß zu Judizialappellationen, nach Umständen zu Verwahrungen, Remonstrationen oder Nichtigkeitsbeschwerden. Indessen giebt es Gerichtsbeschlüsse (z. B. in Handhabung der Gerichtsdisziplin, über Siegelmäßigkeit oder Armenrecht einer Partei), hinsichtlich welcher sich die Frage, ob sie in via et ordine processus erlassen seien oder nicht, verschieden beantwortet, je nach dem Standpunkte, von welchem aus man sie betrachtet. Der Gegenstand dieser Beschlüsse ist aus Anlaß einer anhängigen Civilprozeßsache Aufgabe richterlicher Entscheidung geworden, sie sind im Laufe eines Civilprozeßverfahrens und in den Akten desselben ergangen, sie berühren wohl auch, wo nicht Rechte, doch Interessen beider Theile. Auf der andern Seite betreffen sie weder den Gang des Verfahrens noch die Materie der anhängigen Streitsache; ihr Gegenstand wird neben der veranlassenden Civilprozeßsache erörtert und erledigt, und liegt insofern außer dem Wege des über diese gepflogenen Verfahrens; der Beschluß schlichtet nicht einen Streit unter den Parteien, und die darüber erhobene Beschwerde ist nicht, wie jede Judizialappellation, wider den Prozeßgegner gerichtet, sie bezweckt nicht, durch das Obergericht etwas von diesem zu erlangen, resp. gegen seinen Anspruch zu behaupten. — Wo nun der obwaltende

Beschwerde wegen wirklicher Justizverweigerung (z. B. wegen Einstellung des Verfahrens, bis eine ganz arme Partei einen Kostenvorschuß geleistet) als unzuläßige Zwischenberufung ungeeignet zurückgewiesen, so findet hiegegen Beschwerdeführung an den höhern Richter statt. Vgl. OAGAkt. Nr. 233 40/41.

Zweifel nicht durch spezielle Gesetzesvorschriften oder eine feststehende Praxis gehoben ist[17]), hat man sich gegen die Zulassung einer Extrajudizialbeschwerde zu entscheiden[18]). Die in den Anmerkungen angeführten Beispiele der Extrajudizialbeschwerde sind ganz anderer Art; die charakteristischen Worte der (von Kreittmayr allegirten) Kammergerichtsordnung §. 94: außerhalb des Gerichts[19])" passen nicht auf obige Fälle. Diese sind demnach in der Regel als in via processus vorgekommen anzusehen und unter die Vorschriften über Beschwerdeführung gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide zu stellen[20]), Aber auch in denjenigen Fällen solcher Art, für welche die Zulassung einer Extrajudizialbeschwerde durch Spezialgesetz oder Gerichtsgebrauch feststeht, ist das Verfahren der Hauptsache, sofern nicht dessen Fortführung durch Erledigung der Beschwerde bedingt ist, wegen derselben nicht aufzuhalten, vielmehr die Vorlage an den Oberrichter bis zum Ausgange

17) S. unten Nr. 2—6.

18) Vgl. unten Noten 40—43.

19) „Da die Oberkeit, jure et vi potestatis et jurisdictionis, „vor sich selbst, oder auff eines andern ansuchen, iren Unter„thanen, oder ein andern außerhalb des Gerichts, „mit beschwerlichen Bescheiden, Gebotten oder Verbotten, „oder auch mit Geltstraff gravirt u. s. w."

20) Freilich kann es durch Anwendung dieses Grundsatzes kommen, daß eine Partei sich genöthigt sieht, etwas zu thun oder beizubringen, was vielleicht der Oberrichter später, nachdem die vorbehaltene Beschwerde geltend gemacht worden, für unnöthig, dessen Anordnung er für unmotivirt erklärt (Vgl. unten Note 37). Allein diese Erwägung hat den Gesetzgeber nicht bestimmt, die Anwendung seiner die Zwischenappellationen ausschließenden Regel für solche Fälle durch eine weitere Ausnahme zu beschränken. — Vgl. indessen oben §. 3 Note 31.

der Sache resp. bis dahin zu vertagen, wo diese aus einem andern Grunde zur oberrichterlichen Kognition gelangt [21]).

Die Verfügung, welche man durch Extrajudizialappellation anfechten will, muß „Kraft obrigkeitlichen Amts" ergangen sein. Was z. B. vordem ein Patrimonialrichter in seiner Eigenschaft als gutsherrlicher Verwalter that oder verfügte, könnte keinen Anlaß zu jenem Rechtsmittel geben. Natürlich gehören auch diejenigen Verfügungen nicht hieher, welche ein Richter in seiner anderen Eigenschaft als Polizeibeamter erlassen hat. Dagegen findet Extrajudizialappellation statt

1) gegen Verfügungen in Sachen der sog. freiwilligen (willkürlichen, unstreitigen) Gerichtsbarkeit [22]), welche ein Gericht in den Geschäften der Obervormundschaft [23]), des Notariates [24]), des Hypo-

21) Vgl. Nov. von 1819 §. 21. — Nicht nothwendig ist die Vertagung, wo die oberrichterliche Erledigung ohne Einsicht der Hauptakten geschehen kann, wie bei Beschwerden über Verweigerung des Armenrechts, über Nichtanerkennung der Siegelmäßigkeit. Bis zum Eintreffen des obergerichtlichen Bescheides ist hier der Vollzug der Verfügung zu unterlassen, resp. durch eine transitorische Maßregel (z. B. einstweilige Beigebung eines Offizialanwaltes für den das Armenrecht ansprechenden Beklagten) für den unaufgehaltenen Fortgang des Prozesses zu sorgen.

22) Ueber Supplirung des elterlichen Konsenses vgl. Bl. f. RA. Bd. X S. 336 Nr. 4.

23) Betreffend die Bestellung der Vormundschaft über Minderjährige, Wahnsinnige, Verschwender (über Interdiktionsverfahren s. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 29; über das abweichende Preuß. Recht Bd. VII S. 359—51); die Anordnung einer cura bonorum für Abwesende und Gebrechliche; ferner Verfügungen über die Verbindlichkeit zur Uebernahme einer Vor-

thekenamtes[25]), des Depositenamtes[26]), der Verlassenschaftsbehandlung[27]), der appellationsgerichtlichen Fideikommiß-Senate[27a]) erlassen hat[28]).

mundschaft oder über das Recht darauf (sofern letzteres nicht Gegenstand eines Streites unter mehreren darauf Anspruch machenden Personen ist; über Inventarisation und Aufbewahrung des Vermögens; über Verwaltungshandlungen, rechtliche Vertretung des Pfleglings, Konsensertheilung, Rechnungsführung, Rechnungsstellung Vermögensaushändigung u. dgl. Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 165. S. auch OAGAkt. Nr. 1360 42/43. Auch Verfügungen über Verschollenheit und Todeserklärung gehören hieher. OAGE. vom 25. Mai 1830 (Geiselsöder ca, Geiselsöder).

24) Wenn die Protokollirung oder Bestätigung eines Vertrages, oder die Ausstellung eines Zeugnisses, die Ausfertigung einer Urkunde, die Beurkundung der realen Eigenschaft eines Gewerbes verweigert wird. Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 205, 207; Bd. V S. 10; Bd. VIII S. 204, 233. — S. auch oben S. 6 Note 3 und OAGAkt. Nr. 912 40/41. — Wo es sich von Bestätigung eines Vertrages handelt, ist es nicht bloßer Notariatsakt, vielmehr zugleich Bethätigung vormundschaftlicher Obsorge.

25) Hypothekengesetz §. 94. Auch gegen die Bewilligung einer Vormerkung oder Protestation kann von Seite des Gegenbetheiligten Beschwerde an das Obergericht erhoben werden. Bl. f. RA. Bd. I S. 359 und 379.

26) In Bezug auf Annahme, Verwahrung und Anlegung, so wie auf Aushändigung von Depositen.

27) In Bezug auf Testamentsverkündung, auf Versiegelung, Inventarisation, Verwahrung, Benützung, Verwerthung, Aushändigung des Nachlasses (wo kein Gegenprätendent vorhanden), so wie hinsichtlich der Schritte zur Ausmittlung der Erbberechtigten, der Muttergutsauszeigung (OAGAkt. 384 41/42); Attestirung der Erbsqualität.

27a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. X S. 253.

28) Ueber Rechtsmittel in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Häufig kommt es vor, daß Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu Rechtsstreiten unter gegnerisch Betheiligten Anlaß geben [29]) daß sie in eine Civilprozeß-Verhandlung übergehen [30]). Ein solcher, die Extrajudizialappellation ausschließender [31]) Uebergang in viam et ordinem processus ist aber nicht anzunehmen, wenn nicht der Verfügung die Anstellung einer Klage [32]) oder ein zufolge der Verweisung auf den Rechtsweg gepflogenes Verfahren [33])

s. Puchta Handbuch des Verf. in S. der freiw. Gerichtsbarkeit Bd. I S. 357 ff. — Selbstständige Beschwerdeführungen gegen prozeßleitende Dekrete in der Sphäre der Extrajudizialappellation sind unzulässig Bl. f. RA. Bd. IX S. 376.

29) Streitigkeiten über das Recht zur Vormundschaft oder das Erziehungsrecht, über Haftung des Vormundes, über die Bedingungen eines zu verlautbarenden Vertrages, über das Bestehen eines Realgewerbes, über die durch Einzeichnung in's Hypothekenbuch zu verwirklichenden oder sicher zu stellenden Rechte, über Ansprüche auf Deposita oder auf gerichtlich behandelte Verlassenschaften u. s. w. — Hieher gehört auch der in Note 22 erwähnte Fall.

30) Bei Gerichten, deren Zuständigkeit auf unstreitige Rechtssachen beschränkt ist, kann ein solches Uebergehen nicht, sondern nur eine Verweisung auf den Rechtsweg stattfinden. — Uebrigens ist auch bei denjenigen Gerichten, welche zugleich das zuständige Prozeßgericht bilden, die Verhandlung der z. B. aus der Verlassenschaftssache entstandenen Civilprozeßsache in besonderen Akten zu pflegen.

31) Die Extrajudizialappellation ist solange das geeignete Rechtsmittel, bis das als Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit begonnene Verfahren in der bezeichneten Weise sich zum Prozesse umgewandelt hat.

32) GO. Kap. III §. 1; Bl. f. RA. Bd. IV S. 173.

33) Wenn es sich um Zuerkennung des Besitzes einer in gericht

vorhergegangen war[34]). Daß die Verfügung nach widerstreitenden Erklärungen, resp. Anträgen mehrere Betheiligten ergangen, genügt nicht zur Begründung der Annahme, es sei in der Eigenschaft des Civilprozeßrichters verfügt worden, zumal da, wo es sich nur von einem Akte der Verwaltung, der Aufsicht, der Vorsorge handelte. — Uebrigens können auch nach Entstehung eines Prozesses in Bezug auf den Gegenstand desselben noch Verhandlungen und Verfügungen in der Sphäre der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Extrajudialappellation vorkommen; z. B. in Bezug auf Verwaltung und Verwerthung des streitigen Nachlasses.

Den Extrajudizialappellationen werden

2) die Rekurse gegen Verfügungen zur Handhabung der Gerichtsdisziplin, insbesondere gegen Verurtheilung (von Parteien[34a]), Anwälten und dritten Personen[35]) zu Prozeßstrafen, gegen Ertheilung von Verweisen und

licher Verwahrung befindlichen Erbschaft handelt, wird ein Verfahren gepflogen, in welchem sich die Parteirollen des Klägers und Beklagten nicht unterscheiden lassen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. V S. 258—9.

34) Wenn sich in einer Verlassenschaftssache auf die Anmeldung und Vorlagen mehrerer Prätendenten eine Kollision der Ansprüche zeigt, so hat die Verlassenschaftsbehörde die Entscheidung der Frage, wem der Besitz einzuräumen, auf den Rechtsweg zu verweisen; welches durch Einleitung des in den Bl f. RA. a. a. O. bezeichneten Verfahrens geschieht. — Vgl. ebd. Bd. XXI S. 166. Ueber Verweisungen auf den Rechtsweg von Seite des Hypothekenamtes. — Vgl. Hypoth. Gesetz §. 112. Bl. f. RA. Bd. I S. 362.

34a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 112.

35) Z. B. Zeugen, welche der richterlichen Ladung nicht Folge leisten. Bestreitet ein Zeuge seine Verbindlichkeit zur Zeug-

Deservitenabstriche [36]) beigezählt. Hat der Richter die Reinigung einer Prozeßschrift von gewissen Ausdrücken oder Sätzen angeordnet, so findet dagegen keine selbständige Beschwerdeführung, sondern vorerst nur Verwahrung nach §. 51 der Novelle von 1837 statt [37]).

3) Die Rekurse gegen Gerichtsbeschlüsse, welche die Uebernahme einer Offizialanwaltschaft, oder welche dem Anwalt Auslagen für den Prinzipal [38]) zumuthen, oder

schaft, so ist gegen den Ausspruch, welcher die Weigerung als unstatthaft erklärt, gleichfalls Extrajudizialappellation zuzulassen. Blume, die Gerichtsordnung für das OAG. der vier freien Städte S. 198 lit. b. — Ueber Beschwerden von Gerichtspersonen und Subalternen gegen Ausstellungen des Obergerichts, gegen Verhängung von Disciplinar- und Ordnungsstrafen — s. Bl. f. RA. Bd. IX S. 42 133. — Auch Beschwerden in Untersuchungen wegen Winkelagentie wurden hieher gezogen. Bl. f. RA. Bd. XII S. 142.

36) Beschwerden einer Partei über die Deserviten-Festsetzung gehören nicht hieher. — Vgl. übrigens unten Note 45.

37) Gemäß obiger Regel: Vgl. Gönner Komment. S. 327 in der Note. Der Vorbehalt künftiger Beschwerde überhebt nicht der wirklichen Vornahme der angeordneten Reinigung. Wenn aber seiner Zeit der Oberrichter die Anordnung mißbilligt, so ist damit der Beschwerde Abhülfe gewährt. Sollte der Oberrichter die weggestrichene Stelle für wesentlich zur Sache erkennen, so kann erforderlichen Falls Reassumtion des Verfahrens Platz greifen. In den allermeisten Fällen (nach deren Beschaffenheit die Regel gebildet wird) erscheint die Weglassung einzelner Ausdrücke oder Sätze als eine so geringfügige Sache, daß es höchst ungeeignet sein würde, deßwegen, durch Gestattung eines besonderen Rechtsmittels, eine bedeutende Verzögerung des Fortgangs der Hauptsache eintreten zu lassen.

38) Bl. f. RA. Bd. IX S. 64.

eine Aufkündigung der Anwaltschaft für unstatthaft erklären [39]), oder von Amtswegen die Zulassung als Stiftungsanwalt verweigern [40]);

4) die Beschwerdeführuug wegen Versagung des Armenrechts und

5) wegen Nichtgestattung der außer einem anhängigen Prozesse oder bei einem andern als dem Prozeßgerichte begehrten Akteneinsicht; desgleichen

6) wegen Nichtanerkennung der Befugniß, Prozeßschriften ohne rechtsanwaltliche Legalisirung einzureichen [41]);

7) wegen Nichtgewährung des Antrags gewiße Gerichtskosten, als durch Versehen des Gerichtes veranlaßt, niederzuschlagen [42]).

8) Nach der Praxis des obersten Gerichtshofs werden auch Beschwerdeführungen in Betreff einer Gerichtsverbittung als Extrajudizialappellationen angesehen [43]). — Beschwerdeführungen gegen Beschlüsse, durch welche eine Klage wegen fehlender Eigenschaft einer Justizsache von der Gerichtsschwelle abgewiesen wird, passen nicht unter den Begriff der Extrajudizialappellation; erschei-

39) Nach Maßgabe der Disciplinarvorschriften. OAGAkt. Nr. $865^{12}/_{43}$. Ueberhaupt gehören Verfügungen hieher, welche über das Verhältniß zwischen Anwalt und Klient auf dem Grnnde der Diseiplinarvorschriften erlassen werden.

40) Vgl. OAGAkt. Nr. $1195^{39}/_{40}$.

41) Vgl. OAGAkt. Nr. $695^{12}/_{43}$.

42) Bl. f. RA. Bd. XIII S. 350.

43) Vgl. OAGAkt. Nr. $275^{38}/_{39}$, Nr. $734^{37}/_{38}$. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 400. Dagegen steht, daß in §. 52 Nr. 1 der Novelle von 1837 die Abweisung des Gerichtsverbittungsgesuches auf gleiche Linie mit der Abweisung einer Klage gestellt wird.

nen vielmehr als *einfache Beschwerden wegen Justizverweigerung*; indeßen pflegt man sie in der Praxis als Judizialberufungen aufzufaßen [44]).

Bei dem gravamine extrajudiciali
„ist man an die Appellationsformalien und Fatalien
„nicht so genau gebunden, solange wenigstens nicht
„ein ordentliches Erkenntniß oder eine Verordnung
„cum plena causae cognitione darüber ergangen ist."

Zufolge dieser Gesetzstelle kann

a) die Einreichung der Extrajudizialappellationsschrift sowohl bei dem Unterrichter als bei dem Oberrichter geschehen [45]). Ersternfalls wird sie vom Untergerichte mit Beschaffenheitsbericht und mit den Akten, wo die Prüfung durch deren Einsicht bedingt ist, an das Obergericht vorgelegt; im andern Falle wird die eingereichte Schrift, wenn nicht aus ihrem Inhalte der Ungrund der Beschwerde erhellt, dem Untergerichte zur Berichtserstattung und, wo dies erforderlich scheint, mit dem Auftrage, die Akten vorzulegen, zugefertigt.

b) Auf das Daseyn der Berufungssumme kommt es nicht an [46]).

c) Der Ablauf der für Judizialappellationen bestimmten Nothfrist (s. §. 6) steht der Zulassung der Extrajudi-

44) S. oben §. 3 Note 32. — Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 169 ff. und Bd. IX S. 156. —

45) In Bezug auf Rekurse wegen Prozeßstrafen und Deservitenabstrichen s. Komment. Bd. I S. 368 f. — Nach der Praxis geschieht nicht blos die Anmeldung des Rekurses, sondern auch die Einreichung der Rekursschrift bei dem Gerichte, gegen dessen Beschluß die Beschwerde geführt wird.

46) Dies gilt auch in Bezug auf Rekurse wegen Deservitenabstrichen. — S. Komment. Bd. I S. 370.

zialappellation nicht im Wege [47]). Geschah aber die Einreichung etwa erst nach Ablauf des Doppelten jener Nothfrist, so ist die Beschwerde als versäumt zurückzuweisen [48]).

d) Ist auf die zur extrajudiziellen Beschwerdeführung geeignete Verfügung eines Gerichts bei diesem eine Civilprozeßverhandlung (judicium contradictorium) unter den gegnerisch Betheiligten gefolgt [49]), so kann gegen den hierauf ergehenden Bescheid nicht mehr mit der Extrajudizialappellation Hülfe gesucht, es müssen daher für die jetzt eintretende Beschwerdeführung Formalien und Fatalien der Judizialappellation beobachtet werden. Nur auf Fälle dieser Art beziehen sich die Gesetzesworte: „solange nicht ein ordentliches Erkenntniß u. s. w." [50]).

47) Hinsichtlich der Rekurse wegen Prozeßstrafen und Deserviten-abstrichen s. Komment. Bd. I a. a. O.

48) Das Gesetz sagt nur, daß es mit den Fatalien nicht so genau genommen werden soll." Dieser Vorschrift ist in vollem Maße genügt, wenn man das Doppelte der für Judizialappellationen bestehenden Nothfrist gestattet. Vgl. OAGE. vom 15. Nov. 1828 Nr. 1078$^{27}/_{28}$. Bl. f. RA. Bd. II S. 116. S. auch Stürzer Civilgerichtsverf. S. 795. — Handelt es sich freilich von Einschreitungen. welche den Gerichten resp. der Aufsichtsbehörde von Amtswegen obliegen, so kommt es überhaupt auf Einhaltung einer Frist nicht an.

49) S. oben Nr. 1, insbesondere Noten 29—34.

50) Unter plena causae cognitio wird eine Civilprozeßhandlung unter gegnerisch Betheiligten verstanden. Vgl. GO. Kap. XIV §. 1, §. 9 im Eingang, §. 11 Nr. 3 — mit den Anmerk. zu Kap. XV §. 5 lit. f: „Sobald aber die Sache einmal ad judicium contradictorium und mithin zur ordentlichen Entscheidung kömmt." — Von Uebergang der Verlassenschaftssache in einen Civilprozeß s. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 102, Bd. XX S. 185.

e) Die Verfügung, welche zur Extrajudizialbeschwerde Anlaß gegeben hat, kann von dem verfügenden Gerichte zurückgenommen oder modifizirt, und dadurch die Beschwerdeführung rückgängig gemacht werden. Die Vorschrift der GO. XIV. §. 9 Nr. 1 paßt nicht auf Verfügungen der hier in Frage befindlichen Art [51]).

f) Die Befugniß zur Zurücknahme, nachdem der Beschwerdeführer in neuerlicher Eingabe eine bessere, etwa auf neues Vorbringen gestützte Motivirung vorgetragen, — findet auch bezüglich der auf die Extrajudizialbeschwerde ergangenen obergerichtlichen Entschließung statt [52]).

III.

Neues Vorbringen in der Berufungsinstanz.

Nach der Natur des Rechtmittels der Appellation sollte des Oberrichters Aufgabe nur darin bestehen, nach Maßgabe der erhobenen Beschwerden zu prüfen, ob der Unterrichter auf dem Grunde der ihm vorliegenden Verhandlungen Recht gesprochen oder nicht [53]). Jede Einmischung und Beachtung neuen Vorbringens [54]) würde demnach unzulässig sein. Gleichwohl wird eine solche Einmischung so zur Rechtfertigung wie zur Entkräftung der Beschwerden [55]), so nach gemeinem [56]) wie nach bayerischem

51) Vgl. Blume a. a. O. S. 203.

52) Vgl. Prozeßordnung für das Großherzogthum Baden, erläutert von W. Thilo S. 835.

53) S. oben §. 1.

54) Welches Vorbringen für neu zu achten, darüber s. unten S. 87 Komment. zu Kap. XVI §. 1 Nr. 2. — Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 330—1 mit Bd. VIII S. 395—6.

55) Darauf, ob die Beschwerde auch abgesehen von dem neuen Vorbringen erheblich sei oder nicht, kommt es nach der all-

Rechte [57]) für zulässig erachtet, theils um nicht einen zweiten Prozeß zur Geltendmachung des neuen Vorbringens ins Daseyn zu rufen, theils wegen des Rechtssatzes, daß das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution nicht Platz greift, so lange der Beschwerte noch auf dem Wege eines ordentlichen Rechtsmittels Abhülfe suchen kann [58]).

Es ist

1) „keiner Partei verwehrt, in appellatorio das, „was in voriger Instanz bereits eingekommen ist, circa „facti veritatem aut circumstantias besser zu erklären und „auszuführen."

Die Art und Weise, wie eine Sache dargestellt wird, bestimmt nicht selten den Eindruck. Es trägt viel zur richtigen Auffassung und günstigen Würdigung bei, wenn die wesentlichen Umstände in das gehörige Licht gestellt, alle Einzelnheiten in ihrem natürlichen Verhältnisse und Zusammenhange vorgetragen, alle Begriffe und Eigenschaften mit den richtigen Ausdrücken bezeichnet, wenn ferner Thatsachen nicht blos in den allgemeinsten Merkmalen,

gemeinen Fassung der Gesetzesvorschrift nicht an. Vgl. Martin Lehrb. §. 292: „sogar ausschließend rechtfertigen."

56) Const. 4 de tempor. appellat. (7, 63); const. 37 in f. de appellat. (7, 62); Clem. 5 de appellat. (2, 12) vgl. mit cap. 4 X de except. (2, 25), Clem. 2 de test. (2, 8) und cap. 10 X de fide instr. (2, 22). Kammer-GO. v. 1555 III, 33 §. 3; Deput. Absch. von 1600 §. 114; Jüngst. RA. §. 73, 74. — Vgl. Linde im Handb. IV §. 133 f.; Mittermair Beitr. III S. 58; Heffter System des CP. ed. II §. 453.

57) Das Geschichtliche s. in Kreittmayr's Anmerk. zu GO. XV §. 5 lit. g.

58) GO. XVI §. 1 Nr. 1.

sondern mit den individuellen Zügen und charakteristischen Besonderheiten erzählt werden, welche ein lebendiges Bild geben und das Behauptete als wirklichen wahrhaften Vorgang gleichsam zur Anschauung bringen. In allen diesen Beziehungen kann der frühern Darstellung durch die Verhandlungen der höheren Instanz unbedenklich nachgeholfen werden [59]). War aber die frühere Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse in der Art dunkel und verworren, daß sie als völlig unbrauchbar für die Aufgabe richterlicher Beurtheilung erscheint, so kann eine in der höheren Instanz nachgetragene brauchbare Darstellung die Unschädlichkeit jenes Mangels für das oberrichterliche Urtheil nicht bewirken. Ueber die Gränzen der „besseren Erklärung und Ausführung" geht es gleichfalls hinaus, wenn solche faktische Umstände, welche die Begründung des (klag- oder einredeweise) geltend gemachten Rechtes bedingen, erst in der höheren Instanz angeführt werden [60]), oder wenn man

59) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XX S. 28 f. Ein besonderer Grund, diese Nachhülfe mildrichterlich zu gestatten, waltet in Hinsicht auf die faktische Begründung von Einreden ob. Ist die Begründung der Klage in der Darstellung des Faktums mangelhaft, so wird sie angebrachtermassen abgewiesen, und der Kläger kann bei neuer Anstellung derselben den Fehler verbessern. Ist aber die faktische Begründung einer Einrede mit solchen Mängeln behaftet, welche bei Klagen zu einer Abweisung, wie angebracht, Anlaß geben, so geschieht die Verwerfung nicht mit Vorbehalt künftiger besserer Geltendmachung, sondern unbedingt, für immer. Um nun den Beklagten einigermassen mit dem Kläger gleichzustellen, ist dessen Befugniß, die Einreden in der Berufungsinstanz circa facti veritatem aut circumstantias besser zu erklären und auszuführen, im Zweifel zu begünstigen.

60) Kein Bedenken waltet ob, solche neue thatsächliche Anführ-

Erklärungen auf gegnerische Behauptungen, welche z. B. gegen die Vorschrift der §§. 19, 21 der Novelle von 1837 in erster Instanz unterlassen wurden, in der Berufungs-Verhandlung nachholen will [61]. — Handelt es sich von den Ergebnissen einer Beweisführung oder von Darlegung der aus aktenmäßigen Thatsachen sich ergebenden Vermuthungen, so hat die bessere Ausführung in der höheren Instanz eben so freien Spielraum, wie socher zur besseren Rechtsausführung [62]) offen steht.

2) Außer der besseren Erklärung und Ausführung über die wahre Beschaffenheit und die Umstände des Faktums

„soll man hier keine nova mehr attendiren, es wären „denn dieselben erst nach der Sentenz hervorgekommen „oder in Erfahrung gebracht worden, und es könnte „dieses auch mittelst eines körperlichen Eides erhärtet „werden."

Das neue Vorbringen, dessen Zulassung in der Berufungsinstanz hier bedingnißweise verordnet ist, kann bestehen

ungen des Appellanten zu berücksichtigen, welche der Appellant in der Nebenverantwortung nicht nur nicht widerspricht, sondern auch zu Folgerungen für sich benützt.

61) Eine solche Nachholung ist jedoch nicht ausgeschlossen, wenn bei der Verhandlung in erster Instanz die Vorschriften der Nov. von 1837 §. 17 Nr. 3 lit. b, d nicht bethätigt worden sind. S. Bd. II S. 299—391. — S. auch unten §. 7, II Note 8 und Kap. XVI §. 2, III.

62) Es ist aber nicht bloße Rechtsausführung, wenn aus aktenmäßigen Thatumständen erst in der höheren Instanz Einreden vorgebracht werden, deren Wirksamkeit nach besonderen Gesetzesvorschriften durch deren ausdrückliche Vorschützung bedingt ist. S. Komment. Bd. II S. 341.

a) in neuen Thatsachen zur Begründung von Einrede Replik oder Duplik u. s. w. [63]);

b) in neuen Beweismitteln — nach bereits geführtem Beweise [64]).

Indem hier Einreden, Repliken u. dgl. nach Ablauf des für deren Vorbringen bestimmten peremtorischen Termins, Beweismittel nach Ablauf der Beweisfrist zugelassen werden, erfolgt eine Rescission der eingetretenen Präklusion nach Art der Restitution gegen Fristversäumnisse. Aber diese Restitution wird nicht, wie es die für Restitutionen geltende Regel mit sich brächte, bei dem Gerichte erster Instanz, in dessen Verhandlungen die Unterlassung geschehen und die Präklusion eingetreten war, sie wird bei dem höheren Richter, an welchen die Sache im Wege der Berufung gegen ein nach der bisherigen Sachlage gesprochenes Urtheil gelangt, nebenbei (incidenter) gesucht. Sowohl durch diese Nachsuchung bei dem höheren Richter, als durch den Umstand, daß damit Abänderung eines noch nicht rechtskräftigen Urtheils erstrebt wird, unterscheidet sich diese Art der Incidentrestitution von der Restitution gegen Sentenzen (s. unten Kap. XVI §. 1).

63) Eine nach GO. IV §. 13 unzuläßige Aenderung der Klage kann auch nicht — unter der Firma neuen Vorbringens — in der Berufungsinstanz zugelassen werden, weil dadurch die Identität des Rechtsstreites aufgehoben würde. Vgl. Komment. Bd. II S. 206 ff.

64) Es gilt dies gleichmäßig von Zeugen, wie von andern Beweismitteln. Auch die Eideszuschiebung kann als Novum nachgetragen werden, wenn der Deferent erst in neuester Zeit erfahren, daß der Delat eigene Wissenschaft von der Sache habe. — Ob die neuen Zeugen zu früher aufgestellten oder neuen Artikeln vorgeschlagen werden, macht keinen Unterschied.

Die Zulassung neu angeführter Thatsachen und neuer Beweismittel ist dadurch bedingt, daß sie erst nach der Sentenz „hervorgekommen" (z. B. ein außergerichtliches erst nach der Sentenz abgelegtes Geständniß) oder in Erfahrung gebracht worden [64a]). Einer Kenntnißerlangung nach der Sentenz ist es gleichzuachten, wenn die Kunde so kurze Zeit vorher erlangt wurde, daß von da bis zur Verkündung der Sentenz die 14tägige Restitutionsfrist noch nicht abgelaufen war [65]). — Daß wirklich das neu Vorgebrachte erst in solcher jüngsten Vergangenheit zum Dasein oder zur Kunde gekommen, hat der Vorbringende mittelst eines körperlichen Eides zu erhärten [65a]). Dieser Eid wird richteramtlich aufgetragen; daß er anerboten werde, ist nicht vorgeschrieben. Auch kann dessen Ableistung unterbleiben, wenn der Gegner, welcher allezeit über das neue Vorbringen zu vernehmen ist, ohne dieselbe in die Zulassung der Nova willigt. — Vgl. übrigens in Bezug auf das Verfahren unten §. 7.

64a) In dieser Beziehung ist darzulegen, warum die Kenntnißerlangung bei gehörigem Fleiße nicht bereits früher und im Laufe des Beweistermines möglich gewesen oder wodurch sie verhindert worden sei. OAGE. in Bl. f. RA. Bd. XIX S. 395 und 94*. Vgl. unten Komment. zu Kap. XVI Abth. I Nr. 2 lit. b und Abth. II Nr. 2.

65) S. §. 38 der Nov. von 1837. — War diese Frist vor Verkündung der Sentenz abgelaufen, so kann die Restitution, deren Anbringung bei dem vorigen Richter versäumt und präkludirt war, auch nicht mehr incidenter bei dem höheren Richter gesucht werden. — Vgl. den Plenarbeschluß des OAGE. vom 14. Dez. 1843. (Regbl. 1844 Nr. 3.)

65a) Es ist aber keineswegs eine nothwendige Folge des abgelegten Noven-Eides, daß nun die nachträglich erhobenen Beweis-

§. 6.

Von den Appellationsfatalien.

I.

„Die Berufungsfrist [1]) ist

„1) gegen Erkenntnisse im Exekutionsverfahren, und

„2) gegen Erkenntnisse im beschleunigten Verfahren „im mündlichen Verhöre auf 14,

„3) gegen alle übrige Erkenntnisse auf 30 Tage festgesetzt [2])."

Das Exekutionsverfahren beginnt mit der auf Anrufen eines Theils um Exekution ergangenen Verfügung [3]), insbesondre, wo dem Anrufen willfahrt wird, mit dem unter Exekutionsbedrohung ergangenen Befehle, dem Ur=

mittel wirklich als neu aufgefundene Behelfe für die Hauptsache mit in Betracht gezogen werden müßten. Die endliche Gesammtprüfung kann nämlich zu der Ueberzeugung führen, das Erforderniß neuen Auffindens sei in der That nicht gegeben. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 94*.

1) Nach bayerischem Rechte fallen Einlegungs=, Einführungs= und Rechtfertigungsfrist zusammen. S. oben §. 1. Der früher zwischen Definitiv= und Beweiserkenntnissen bestehende Unterschied (Nr. 1 vgl. mit Nr. 6 des vorliegenden §en) ist nunmehr aufgehoben. — In Ansehung des gemeinen Rechtes vgl. Martin Lehrb. §. 278, 286, 288. Linde Lehrb. §. 404. — Deklarationsgesuche, welche bei ermangelnder Appellationssumme an denselben Richter gebracht werden müssen (Bd. III S. 464), sind an eine Nothfrist nicht gebunden. S. unten §. 12 Note 46.

2) Novelle von 1837 §. 64. — Ueber das 10tägige Fatale in Münchener Bau- und Kundschaftssachen s. OAGE. v. 11. Apr. 1827 Nr. 351 26/27, und vom 30. Nov. 1833 Nr. 288 32/33.

3) Auch wenn diese eine abweisende ist. Vgl. OAGE. vom

theile Genüge zu leisten [4]). Berufungen, welche (nach erfolgloser Remonstration vgl S. 31) die Erlassung oder den Inhalt dieser Mandate betreffen, oder gegen Erkenntnisse über die Art der Hülfsvollstreckung, über die zur Abwendung oder Vertagung der Exekution vorgeschützten Einreden, oder über den Vollzug der Exekution, insbesondere über Adjudikation von Exekutionsobjekten gerichtet sind [5]), fallen unter die Vorschrift Nr. 1 [6]). Dasselbe gilt von Berufungen gegen Bescheide, betreffend des Schuldners Gesuch, die auf Anrufung eines Gläubigers eingeleitete Exekution gemäß einer der in der GO. XVIII §. 9 f. bezeichneten Rechtswohlthaten aufzuhalten resp. zu beschränken. Anders verhält es sich mit Berufungen gegen Erkenntnisse, welche in dem durch ein Nachlaß- oder Befristungsgesuch des Schuldners hervorgerufenen allgemeinen Verfahren mit allen Gläubigern ergangen sind [7]). Dieses Ver-

18. Dez. 1843 Nr. $6^{13}/_{11}$ und vom 8. Feb. 1843 Nr. $285^{10}/_{11}$.

4) Hieher gehört auch der nach §. 52 des Hypothekengesetzes erlassene Zahlungsbefehl. Vgl. Bd. II S. 73—78.

5) OAGE. vom 26. Okt. 1841 Nr. $1259^{10}/_{11}$; vom 1. März 1842 Nr. $784^{10}/_{11}$. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 120,318.

6) Ist gegen eine Verfügung im Exekutionsverfahren Nullitätsbeschwerde erhoben, so gehören Berufungen gegen die darüber ergangenen Erkenntnisse gleichfalls hieher OAGAkt. $1103^{12}/_{13}$. Vgl. $153^{11}/_{12}$. — Wenn ein Bescheid im Exekutionsverfahren auch Legitimationsfragen betrifft, welche etwa durch den Tod des Klägers angeregt worden sind, so wird dadurch die Berufungsfrist nicht auf 30 Tage erstreckt. OAGE. in Bl. f. RA. Bd. XIV S. 110.

7) Von dem Falle, wenn dergleichen Gesuche nach Eröffnung des allgemeinen Konkurses zur Verhandlung kommen, ist hier nicht die Rede. S. unten Kap. XIX §. 5, 16.

fahren ist von dem hinsichtlich einzelner Forderungen eingeleiteten Exekutionsverfahren wohl zu unterscheiden, und nur für die Sistirung des letzteren in Folge der Einleitung des ersteren nicht aber für die das allgemeine Verfahren selbst erledigenden Erkenntnisse gilt die Beschränkung der Berufungsfrist auf 14 Tage [8]). Sie gilt auch, wenn Sistirung zufolge Uebereinkommens in Frage ist. S. unten §. 12 Note [39a].

Bei Berufungen gegen Erkenntnisse in dem Liquidationsverfahren, welches in Gemäßheit rechtskräftiger Entscheidung der Hauptsache zur Feststellung der zu zahlenden Summe gepflogen wird (Bd. III S. 457—8), findet die Beschränkung der Nothfrist auf 14 Tage nicht statt [9]).

In Ansehung der Frage, ob auch für Erkenntnisse über Interventionen, sowie über Restitutionsgesuche oder Nichtigkeitsbeschwerden gegen die zu vollstreckende Sentenz, im Exekutionsverfahren die 14tägige Berufungsfrist gelte, ist zu unterscheiden [10]). Betrifft die richterliche Verfügung, gegen welche appellirt wird, den

8) OAGPlenarbeschluß vom 29. Okt. 1845: „Auch dann, wenn ein Schuldner nach angedrohter Exekution ein allgemeines Frist- oder Nachlaßgesuch einreicht, sind die hierüber ergehenden Erkenntnisse, als im Exekutionsverfahren erlassen, nicht zu betrachten.“ Vgl. Feust in den Bl. f. RA. Bd. V S. 357. Ebd. Bd. IX S. 377.

9) Nicht im Kap. XVIII, sondern im Kap. XVII §. 4 Nr. 7 (vgl. K. XIV §. 7. Nr. 4.) wird von solchen Liquidationen gehandelt. — Im §. 54 der Novelle von 1837 ist von solchen Liquidationen unter Nr. 2, vom Exekutionsverfahren unter Nr. 8 die Rede. Dieselben sind daher unter dem Exekutionsverfahren nicht begriffen. Vgl. K. XVIII §. 1 a. E. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 158. (Vorsicht räth auch hier die Einhaltung der 14 tägigen Frist.)

10) Ueber die Gründe dieser Unterscheidung s. Lauk in den Bl. f. RA. Bd. VI S. 104.

Einfluß der Intervention resp. der Restitution oder Nullitätsquerel auf den Fortgang des Exekutionsverfahrens, etwa die unbedingte oder durch Kaution bedingte Sistirung deßselben, so ist die Frist von 14 Tagen einzuhalten. Wenn hingegen das Erkenntniß, worüber Appellant Beschwerde führt, die Materialien oder Verhandlung der Interventions-, Restitutions- oder Nichtigkeitsbeschwerde-Sache, abgesehen von ihrer Beziehung zum Exekutionsverfahren [11]), zum Gegenstande hat, so läuft dem Rechtsmittel die regelmäßige 30tägige Frist [12]).

Entspinnt sich in der Folgezeit in Bezug auf den Gegenstand einer frühern rechtskräftigen Entscheidung durch förmliche Klagstellung ein neuer Prozeß, so ist dieser darum, weil dabei Wirksamkeit und Umfang der frühern Rechtskraft in Frage kommen, nicht als Exekutionsverfahren zu betrachten [13]).

Ist über eine Rechtssache, welche nach gesetzlicher Vorschrift im mündlichen Verhöre hätte verhandelt werden sollen, das gewöhnliche Verfahren gepflogen worden, so tritt die in Nr. 2 verordnete Ausnahme 14tägiger Berufungsfrist nicht ein [14]). Diese setzt ein Erkenntniß im wirklich gepflognen [15]) beschleunigten Verfahren

11) Es handelt sich z. B. um die Normirung des Beweissatzes über die Dotaleigenschaft gewisser von der Intervenientin reklamirten Objekte.

12) OAG. Plenarbeschluß v. 13. März 1845 (RBl. S. 203). Bl. f. RA. Bd. X S. 112.

13) Vgl. OAGAkt. Nr. $480^{39}/_{10}$.

14) Vgl. OAGAkt. Nr. $981^{32}/_{10}$. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XV S. 396.

15) Ist eine Klage von der Gerichtsschwelle abgewiesen worden, so gilt 30tägige Berufungsfrist, wenn gleich die Sache zum mündlichen Verhör geeignet wäre. OAGE. vom 10. Aug.

(mündl. Verhör) voraus, gilt aber auch für solche Fälle, welche unrichtiger Weise im mündlichen Verhöre verhandelt wurden [16]).

Wird von der Befugniß, neue Thatsachen oder Beweismittel vorzubringen, Gebrauch gemacht, so kommt es auch für diesen Bestandtheil der Berufungs-Rechtfertigung nur auf Einhaltung der Berufungsfrist, nicht darauf an, ob der Vortrag der Nova innerhalb der in §. 38 der Novelle von 1837 bestimmten Restitutionsfrist geschehen ist. Diese 14tägige Restitutionsfrist, von Entdeckung der Nova gerechnet, muß aber eingehalten werden, wenn Appellant die Nova erst nach, oder weniger als 14 Tage vor Ablauf der Berufungsfrist in Erfahrung gebracht hat [17]).

II.

„Die Berufungsfrist läuft vom Tage der Einhändigung des Urtheils an." — Diese Vorschrift setzt die Verkündung durch schriftliche Zufertigung (s. Bd. III S. 460) voraus [18]). In Sachen des mündlichen Verhörs läuft die Berufungsfrist vom Tage der Eröffnung (s. Bd. II

1840 Nr. 1131$^{39}/_{40}$. (Indessen ist hier die Einhaltung der 14tägigen Frist anzurathen).

16) Bl. f. RA. Bd. V S. 282.

17) Plenarbeschluß des OAG. vom 14. Dez. 1843. Regbl. von 1844 Nr. 3.

18) Hat das Gericht gegen die Vorschrift des Gesetzes Verkündungstagfahrt anberaumt, so läuft dennoch gegen die nichterschienene Partei die Nothfrist erst von Zustellung der Urtheilsabschrift. OAGAkt. Nr. 1078$^{12}/_{13}$. — Von Berechnung der Berufungsfrist in Malzaufschlags-Defraudationssachen — vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 385, Bd. XIX S. 71*.

S. 29) an. Der Eröffnungs= resp. Einhändigungstag wird nicht gezählt. „Die Appellationsschrift kann noch „den ganzen letzten Tag bis gegen Abend [19]), oder wenn „derselbe etwa ein von der Kirche gebotener [20]) Feiertag „ist, an dem zunächst folgenden Werktage übergeben wer= „den, wogegen die mittleren [21]) Feiertage in das Fatale „mit einzurechnen sind."

Die in Bd. II S. 260 f. über die Insinuation gerichtlicher Verfügungen [22]), und S. 355 über die Berechnung der Fristen vorgetragnen Grundsätze finden auch Anwendung, wo die Einhaltung der Berufungsfrist in Frage ist.

Von der Berufungsfrist in Bezug auf Appellationen eines Dritten s. oben §. 2 Note 4.

III.

Geschah die Einreichung der Berufungsschrift bei dem höhern Richter, statt bei dem Gerichte erster Instanz, so ist damit die Nothfrist nicht gewahrt. Wenn jedoch aus den Umständen erhellt, daß die Einreichung (vor Ablauf

19) Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 151 und Komment. Bd. II S. 356 Note 5.

20) Vorausgesetzt, daß dem Kirchengebote die Anerkennung der Staatsgewalt nicht fehlt. — Nach einem OAGE. von 1844 auch anwendbar bei solchen Feiertagen, welche zwar nicht von der Kirche geboten, aber doch in loco judicii in der Art kirchlich gefeiert werden, daß an demselben die Gerichts= geschäfte ruhen. Bl. f. RA. Bd. X S. 12.

21) D. h. in den Lauf der Frist fallenden.

22) Ueber Insinuation an Sonn= oder kirchlichen Festtagen s. Komment. Bd. II S. 266. — Ueber Zustellung durch Mittelspersonen — vgl. ebd. S. 269 Note 19.

der Nothfrist) bei der unrechten Behörde nicht absichtlich geschehen, um die Berufungsschrift noch vor dem Thorschlusse mit Umgehung der ersten Instanz einzuschwärzen, sondern daß vielmehr nur ein Versehen obgewaltet habe, so soll dieses unschädlich sein, d. h. die Nothfrist als eingehalten gelten [23]). Ist die rechtzeitig eingereichte Berufungsschrift hinsichtlich der äussern Form mangelhaft, z. B. nicht auf Stempelpapier oder ohne die gehörige Legalisation [24]), oder nicht in Duplo exhibirt [25]), oder muß sie wegen ungebührlicher Ausdrücke zur Reinigung zurückgegeben werden, so ist dies in Bezug auf das Fatale unschädlich, und es gereicht nicht zum Nachtheile, daß die fehlende Doppelschrift oder die gereinigte Beschwerdeschrift erst nach Ablauf der Nothfrist zum Einlauf kommt [26]). —

23) Stürzer Civilgerichtsverfahren S. 801; Bl. f. RA. Bd II S. 21. — Nach einer strengeren Ansicht erkannte das OAG. in dem von B. Duprel IV S. 108 mitgetheilten Falle; dagegen für die Zulassung des Rechtsmittels in dem neueren Erk. v. 1845, mitgetheilt in den Bl. f. RA. Bd. XI S. 40 wie auch im J. 1848 (ebd. Bd. XIV S. 238). Vgl. auch Arends Samml. Bd. I S. 29 f.

24) Vgl. OAGAkt. Nr. $614^{38}/_{40}$. In dieser Sache wurde die Revisionsschrift ohne Legalisation von einem Unsiegelmäßigen eingereicht, hierauf oberstrichterlich Beigebung eines Offizialanwaltes angeordnet, und die von diesem innerhalb 30 Tagen, von Zeit seiner Bestellung gerechnet, eingereichte neue Revisionsschrift zugelassen.

25) In Ansehung der Frage, ob die Einreichung des Konzeptes zur Wahrung der Frist genüge, ist die Praxis des OAG. nicht gleichförmig. Vgl. Bl. f. RA. Bd. I S. 293 Nr. 2 mit B. Duprel Bd. V S. 103.

26) Vgl. GO. XV §. 5 Nr. 9 und die Anm. zu dieser Stelle. Komment. Bd. III S. 40 Note 13. Bl. f. RA. Bd. I S. 293 Nr. 1. — S. auch OAGAkt. Nr. $614^{39}/_{40}$.

Die Vorschrift der Gerichtsordnung Nr. 4), daß der Tag der Verkündung des vorigen Urtheils in der Berufungsschrift bei Vermeidung der Desertion angegeben werden soll, gilt nicht mehr, indem ihre Voraussetzung, die Einreichung bei dem höhern Richter, weggefallen ist [27]).

IV.

„Es soll keinem Richter erlaubt sein, die fatalia appellationis zu prolongiren." Hierdurch unterscheiden sich die Nothfristen von andern gesetzlich bestimmten Präjudizialfristen.

Ist die Nothfrist ohne Verschuldung des Appellanten unbenützt verstrichen [27a]), oder hat eine unverschuldete Verspätung der Einreichung stattgefunden, so kann durch Restitution geholfen werden. Das Nähere hierüber — s. unten zu GO. Kap. XVI §. 1 Abth. II.

Ueber den Einfluß der gegen ein Beweisinterlokut eingelegten Berufung auf den Lauf der Beweisfrist [27b]) — s. Komment. Bd. III. S. 41—44.

27) Gönner im Komment. S. 362 Nr. 11.

27a) Unrichtige resp. mangelhafte Belehrung über die Berufungsfrist von Seite des Richters wurde nicht als Entschuldigung der Versäumniß zugelassen. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 382. Ist diese Strenge nicht für unbillig zu achten?

27b) In einem OAGE. v. 6. August 1853 (Nr. $1436^{50}/_{51}$) wurde ausgesprochen: Einer gegen das Beweisinterlokut nur in einzelnen Punkten ergriffenen Berufung kömmt nach GO. XV §. 6 Nr. 6 die Wirkung nicht zu, für den Appellanten den Lauf der Beweisfrist auch in Ansehung der übrigen von ihm nicht angefochtenen und durch das bezielte Erk. der höheren Instanz nicht berührten Punkte von selbst zu suspendiren. Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in

Bei einer bloßen Inhäsivsentenz, durch welche ein früherer Ausspruch wiederholt wird [28]), sind die Fatalien von dem ersten, nicht von dem inhärirenden Ausspruche zu berechnen, sofern nur gegen Jenen Appellation zuläßig war, wie z. B. gegen die in §. 52 Nr. 2 der Nov. v. 1837 bezeichneten Klagabweisungen von der Gerichtsschwelle [28a]). Bei richterlichen Verfügungen, welche auf einseitigen Antrag zum Nachtheil des andern Theils erlassen werden, ist

Bayern Bd. I S. 572. Diese Entscheidung ist nicht zu billigen. Nach der angeführten Gesetzstelle wird die Suspendirung der Beweisfrist durch „Appellation gegen auferlegten Beweis begründet, ohne daß unterschieden ist, ob gegen alle oder nur einen oder einige Bestandtheile des Beweissatzes appellirt worden, und ohne daß für letzteren Fall eine nur theilweise Suspendirung der Beweisfrist verordnet wurde. Ohnehin soll die Beweisantretung alle Glieder des Beweissatzes zusammenfassen, was nicht geschehen kann, so lange nicht für Alle gleichmäßig Rechtskraft besteht. Die Beweisführung über die einzelnen Glieder wird auch häufig so zusammenhängen, daß die Modalität der Beweisantretung über das Eine eine verschiedene wird, je nachdem das andere Glied diese oder jene Fassung erhält; so daß es ganz verkehrt wäre, eine Beweisantretung über das Erstere zu verlangen, bevor die Fassung des Letzteren festgestellt ist. Unerheblich ist die gelegenheitliche Aufstellung des unrichtigen Satzes in den Motiven des Plenarbeschlusses v. 16. April 1848 (Reg. Bl. S. 275). Vgl. Bl. f. RA. Bd. XXII S. 1 f.

28) Wenn über frühere Attentate eine Beschwerde erhoben, diese aber abgewiesen war, und nun bei einer über angeblich neuerliche Attentate erhobenen Beschwerdeführung auf das frühere Dekret verwiesen wird, so ist der Fall einer Inhäsivsentenz nicht gegeben.

28a) Vgl. Bd. III S. 432 f.

dies nicht der Fall [29]). Auf Verfügungen dieser Art ist daher die Vorschrift der GO. XV § 6 Nr 7 nicht zu beziehen; wohl aber auf Dekrete, durch welche auf einer frühern Abweisung von der Gerichtsschwelle, der Remonstration ungeachtet, beharrt wird [30]).

§. 7.

Von dem Prozesse in appellatorio [1]).

I.

So wie die Einreichung der Appellationsschrift bei dem Gerichte I. Instanz geschieht (s. oben §. 1, 5), so wird von diesem auch das Verfahren der Berufungsinstanz geleitet. Waltet Bedenken über die Zulässigkeit der Berufung aus dem Standpunkte des §. 51 der Nov. von 1837 ob, so hat das Gericht I. Instanz darüber Beschluß zu fassen (s. oben S. 64). Stellt sich das Rechtsmittel in dieser Beziehung als zulässig dar, so ist, wie folgt, zu verfahren.

„Ist die Appellation gegen Abweisung der Klage von „der Gerichtsschwelle (Nov. v. 1837 §. 52 Nr. 1) ergriffen „worden, so sind die Akten ohne weiters an den höhern „Richter einzusenden; dem Gegentheil wird hievon" (unter

29) Novelle von 1837 §. 55. S. oben §. 3 S. 12—13.

30) Komment. Bd. III S. 432. Vgl. Stürzer Civilgerichtsverf. S. 802.

1) Die Bestimmungen des §. 7 Nr. 1—6 und 8 sind Antiquität. — Vgl. Novelle von 1819 §§. 25—28 mit Novelle von 1837 §. 67, 68. Die Vorschriften der Novelle von 1819 über die Abhaltung eines Inrotulationstermines wurden in dem Landtagsabschiede von 1831 (III, 9) wieder aufgehoben.

Zufertigung des Duplikats der Beschwerdeschrift) „Nach-„richt gegeben [2]).“

In den übrigen Fällen wird der Beschwerdenlibell dem Gegentheil mitgetheilt, und diesem läuft vom Tage der Zustellung eine 30tägige, beziehungsweise (nämlich wo auch die Berufungsfrist nur 14 Tage zählt) 14tägige, unerstreckliche Frist [3]), um eine Nebenverantwortung einzureichen und etwa auch die Adhäsionsbefugniß (§. 9) auszuüben.

2) Novelle von 1819 §. 25.

3) Es besteht eine Kontroverse darüber, ob der Lauf dieser Frist durch ausdrückliche Vorsteckung derselben in dem Mittheilungsdekrete bedingt sei? S. Bl. f. RA. Bd. VII S. 90, 337. Für die Bejahung der Frage spricht der Umstand, daß die GO. (XV §. 7 Nr. 7) diese richterliche Vorsteckung mit Androhung des Ausschlusses ausdrücklich anordnet, und der Landtagsabschied von 1831 a. a. O. durch Aufhebung der Vorschriften über den Inrotulationstermin jene Anordnung der GO. wieder in Kraft gesetzt zu haben scheint. Allein der §. 67 der Novelle von 1837 setzt die Frist für die Einbringung der Nebenverantwortung auf 14 resp. 30 Tage fest, ohne dabei die richterliche Vorsteckung dieser Frist in dem Mittheilungsdekrete anzuordnen. Nach dem §. 68 läuft die gleiche Frist für die Adhäsion vom Tage der Zustellung der Berufung, ganz nach Art der Nothfrist für die Berufung. Was für die Adhäsion gilt, muß offenbar auch für die Nebenverantwortung Rechtens sein; und dies zwar um so mehr, als diese Prozeßschrift von dem Regierungskommissär, so in den Motiven wie in den ständischen Verhandlungen als eine unwesentliche bezeichnet wurde. Vgl. Moritz Real-Commentar S. 587—90. Indessen ist die Praxis vieler Gerichte, welche in dem Mitteilungsdekrete die gesetzliche Frist und das Präjudiz des Ausschlusses auszudrücken, für zweckmäßig zu halten. Bl. f. RA. Bd. VII S. 339.

Die Einreichung einer Nebenverantwortung ist nur bei Berufungen von der ersten zur zweiten Instanz statthaft (s. unten §. 12, V a. E.). Bei protokollarisch verhandelten Sachen kann die Nebenverantwortung zu Protokoll aufgenommen werden. Die Aufgabe dieser Prozeßschrift ist, etwa die Statthaftigkeit des Rechtsmittels oder die Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen zu bestreiten, in der Sache selbst aber den Ungrund der Beschwerden des Appellanten zu zeigen [4]). Die Befugniß, das bereits verhandelte besser zu erklären und auszuführen, und erst nach der Sentenz hervorgekommene oder in Erfahrung gebrachte Nova vorzubringen, steht dem Appellaten in gleichem Maße wie dem Appellanten zu [5]).

Nach Ablauf der gesetzlichen Frist werden die Akten erster Instanz nebst den Berufungsverhandlungen [6]) mit Bericht dem Oberrichter vorgelegt. Hat der Appellat adhärirt, so ist (bei Berufungen von der ersten an die zweite Instanz) die Einsendung noch um 30 resp. 14 Tage, von Zustellung der Adhäsionsschrift an zu verschieben, indem

4) Hat Appellant von der Befugniß Gebrauch gemacht, das bereits in voriger Instanz Eingekommene circa facti veritatem aut circumstantias besser zu erklären und auszuführen, so hat Appellat, was er davon nicht gelten lassen will, in der Nebenverantwortung zu widersprechen. Diese ist auch zur Erklärung über die in der Berufungsschrift vorkommenden wirklichen Nova bestimmt.

5) GO. XV §. 5 Nr. 8: „Ist keiner Partei verwehrt." Im Falle Appellat wirkliche Nova vorbringt, ist erforderlich, den Appellanten darüber zu hören. S. die angef. Gesetzstelle.

6) Welche, wenn der Appellat nicht adhärirt, mit der Nebenverantwortung schließen. „Re und duplicas soll man in appellatorio niemals mehr zulassen." GO. XV §. 7 Nr. 8. S. jedoch die vorige Note.

dem Adhäsen (Appellanten) die Einreichung einer Adhäsions-Nebenverantwortung freisteht.

Abweichungen von dieser Regel des Verfahrens treten ein, wenn das Gericht I. Instanz im gegebenen Falle den Suspensiveffekt versagt (vgl. §. 8), indem hier die Einsendung der Akten an den Oberrichter auf so lange unterbleibt, als dieselben dem Richter I. Instanz zur Verwirklichung seines Beschlusses unentbehrlich sind; sofern sie nicht von dem Oberrichter, auf bei ihm eingereichte Beschwerdeführung, abgefordert werden [6a].

II.

„Wenn die Sache in facto noch nicht genug erörtert „ist, (soll man) dieselbe zur ersten Instanz um der nöthigen Erörterung [6b]) willen remittiren, in welchem Falle je„doch judex 1^mae^ nicht mehr von neuem darin sprechen „kann, sondern die unerörterten Punkte nur der Nothdurft „nach zu instruiren, den Spruch aber derjenigen Instanz, „wo die Appellation hängt, zu überlassen, und die Akten „dahin einzuschicken hat."

Für die Anwendung dieser Vorschrift gilt alles Dasjenige, was in Bd. III S. 434—6 zur Erläuterung von Nr. 3 §. 2 Kap. XIV der GO. über Wiederaufhebung des Aktenschlusses,

„wenn der Richter zu seinem Unterrichte mehr Aus„kunft nöthig hat,"

gesagt worden ist. Die dort erörterten Umstände motiviren

6a) Ueber das Verfahren in der Berufungsinstanz in Aufschlags-Defraudations-Sachen vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 54.

6b) Ueber einem Fall, in welchem die amtliche Rücksicht auf das Interesse des Militärfiskus eine solche Remission veranlaßt, s. ebd. Bd. XV S. 318.

die Einleitung nachträglicher Verhandlungen nicht nur vor Erlassung des erstrichterlichen Urtheils; auch der Oberrichter, welcher die Sache in der Berufungsinstanz zu prüfen hat, soll von denselben Veranlassung nehmen, zur Hebung von Mißverständnissen, zur Aufhellung der in einzelnen Punkten minder deutlichen Vorträge, zur Feststellung der Wahl zwischen Auftragung des Erfüllungs- oder des Reinigungseides, zur Ergänzung der Akten u. s. w. entweder das ihm nach GO. X §. 15 Nr. 7 zustehende Fragrecht auszuüben, oder die oben bezeichnete nachträgliche Erörterung zu verfügen [7]). Diese kann in nachträglichen Erklärungen der Parteien, in der Vernehmung eines betheiligten Dritten, in nochmaliger Befragung von Zeugen oder Sachverständigen, in Erholung urkundlicher Vorlagen, in Adhibirung anderer Akten, oder in Nachholung sonstiger Prozeßleitungsakte bestehen. Die Instruirung dieser Nachholungen ist an das Gericht erster Instanz zu verweisen, welchem aber nicht zusteht, über das Ergebniß zu erkennen [8]). — Anders verhält es sich, wenn die Prozeßhand-

7) Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 139. Auch über die Modalität dieser Verfügung gilt das in Bd. III S. 434—6 Bemerkte.

8) Dies gilt auch von dem Falle, wenn die Nachholung durch den Umstand veranlaßt wird, daß der erste Richter es versäumt hat, der Verhandlung der Sache die (nach §. 17) erforderliche Belehrung über die Vorschriften der §§. 18, 19 der Novelle von 1837 voranzuschicken. S. Bd. II S. 299—300. Das erstrichterliche Urtheil mit dem vorhergegangenen Verfahren, bis zu der mangelhaften Erklärung einschlüssig, oberrichterlich aufzuheben, rechtfertigt sich in solchem Falle nur da, wo durch die bestimmte Erklärung, deren Nachtragung als zulässig erscheint, nicht blos eine Ergänzung bewirkt, sondern die Grundlage des erstrichterlichen Urtheils völlig oder zum größeren Theile verrückt wurde. Vgl. S. 85 Note 61.

lungen oder Beweismittel, welche den Gegenstand der Nachholung bilden, früher von dem Gerichte I. Instanz als unstatthaft, irrelevant oder verspätet zurückgewiesen waren, nun aber vom Oberrichter, auf die früher durch Verwahrung gesicherte, nun in der Berufungsinstanz geltend gemachte Beschwerde einer Partei, als statthaft, erheblich und nicht verspätet erkannt sind. Da hier das Urtheil I. Instanz auf dem Grunde von Verhandlungen ergangen ist, in welchen die Rechtsvertheidigung einer Partei nach der Ansicht des Oberrichters ungebührlich verkürzt wurde, so liegt der Fall einer (heilbaren) Nichtigkeit vor, das angefochtene Urtheil muß aufgehoben, und von dem ersten Richter, nach Bewerkstelligung der angeordneten Nachholungen, nochmals in der Sache erkannt werden [9]).

Im Falle neuen Vorbringens (in der Berufungsschrift oder später im Laufe der Berufungsinstanz) ist zu unterscheiden, ob dieses in neuen Thatsachen, oder neuen Beweismitteln besteht [10]). Wird ersternfalls, nachdem

9) Die abweichende Ansicht Gönner's (Komment. S. 290—5) hat auch die allgemeine Praxis gegen sich. — Wenn jedoch nichts nachzuholen sondern nur eine in den Akten befindliche Prozeßschrift (z. B. die Duplik) zu berücksichtigen ist, welcher der erste Richter, etwa wegen angenommener Verspätung, die Beachtung versagt hat, so findet die Zurückweisung zu nochmaligem Erkenntniß nicht statt. — Würde z. B. die nachzuholende Aussage auf keinen Fall eine Aenderung im Gesammtergebnisse herbeiführen können, so ist der desfallsigen Beschwerde keine Folge zu geben, wenn auch die frühere Verwerfung des fraglichen Zeugen nicht gerechtfertigt war. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 320.

10) S. hierüber den Plenarbeschluß des OAG. vom 14. Dez. 1843 (Regbl. von 1844 Nr. 3).

der Gegner entweder in der Nebenverantwortung oder in einer dem Gerichte I. Instanz committirten Verhandlung über das neue Vorbringen gehört und darauf der Noven-Eid (s. oben S. 87 aufgetragen und geleistet [10a]) ist, von dem Obergerichte, bei welchem die Appellation hängt, in Betreff der neuen Thatsachen auf Beweis erkannt, so ist die Sache nicht blos zu Instruirung des Beweisverfahrens, sondern auch zum Erkenntnisse über dessen Resultat, vorbehaltlich weiterer Berufung, an den ersten Richter zurückzuweisen. — Besteht hingegen das neue Vorbringen nur in neuen Beweismitteln, so hat sich die Zurückweisung überall nur auf die Instruirung zu erstrecken, nach deren Bewerkstelligung auf erfolgte Wiedereinsendung der Akten das Obergericht, an welches mit Zuhülfenahme des neuen Vorbringens appellirt worden, in der Sache nach deren nunmehriger Lage [11]) die Appellationssentenz erläßt. — War übrigens von dem neuen Vorbringen zur Begründung der primären Berufungsbitte, oder nur zur Stellung eines

10a) Was aber noch kein Präjudiz für die wirkliche Neuheit und Erheblichkeit des Vorbringens begründet. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 94*. — Unter welchen Umständen die Leistung des Noven-Eides unterbleiben kann — s. oben S. 87. — Ueber Unzulässigkeit selbstständiger Rechtsmittel gegen Verfügungen welche die Instruktion eines Restitutionsgesuches einleiten, insbesondere durch Auftragung des Noven-Eides — s. oben S. 18 Note 37, 38, S. 21 Note 45.

11) Wie sich solche durch Instruirung der Nova gestaltet hat. — Soll die Ergreifung eines weiteren Rechtsmittels gegen diese Appellationssentenz Erfolg haben, so darf sie nicht bloß gegen die Zulassung der Nova, sie muß gegen die dieser Zulassung gegebene Folge, gegen den Inhalt des Ausspruches gerichtet sein. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 80*.

eventuellen Antrages Gebrauch gemacht, immer muß vorerst geprüft werden, ob sich nicht die primäre Bitte schon nach der bisherigen Aktenlage rechtfertige; indem hier, wenn dies wirklich der Fall, das neue Vorbringen gar nicht zur Erwägung kommt. Die Instruirung der Nova findet ebensowenig statt, wenn sich dieselben als irrelevant darstellen, oder das Vorbringen offenbar zu spät oder doch ohne Darlegung und Glaubhaftmachung des Hindernisses früherer Benützung geschah [11a].

Befindet sich eine Partei in der Lage, in der Berufungsinstanz erhebliche Nova vorzubringen, so steht es nicht in ihrem Belieben, dieses Vorbringen hier zu unterlassen, und für ein besonderes Restitutionsverfahren nach Erledigung der Berufungssache aufzusparen. Vielmehr schließt die Versäumung rechtzeitiger Geltendmachung im Berufungsverfahren auch ein späteres selbstständiges Restitutionsverfahren aus. Diese Wirkung der gedachten Versäumniß kann durch bloße Anmeldung der Nova unter Vorbehalt späterer Geltendmachung im Restitutionswege — nicht beseitigt werden [12]. Vielmehr hat der Oberrichter, im Falle eines bereits vorliegenden eventuellen an die I. Instanz gerichteten Restitutionsgesuches, das solchergestalt angebrachte Novum zur schwebenden Berufungsinstanz zu avoziren, und und in gleicher Weise zu erledigen als sei dessen Geltendmachung ein Bestandtheil der Berufungsschrift [13].

11a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 395 S. auch oben S. 87 Note 64a.

12) Bl. f. RA. Bd. XII S. 219.

13) Ebd. Bd. XIX S. 111, Bd. XX S. 206.

§. 8.

Vom Stillstande und den attentatis [1]).

Mit dem Eintritte der Rechtshängigkeit einer Streitsache ist jede Aenderung des faktischen Zustandes untersagt (pendente lite nihil innovetur) [2]). Solange das gefällte Urtheil noch die Rechtskraft nicht beschritten hat, indesondere während die Sache in der Berufungsinstanz schwebt, dauert die Rechtshängigkeit, und damit die Wirksamkeit des erwähnten Grundsatzes fort. Verfügungen oder Thathandlungen, welche diesem Grundsatz zuwiderlaufen, heißen Attentate [3]) (Neuerungen). Hierüber ist zu bemerken:

1) Ein Attentat kann von einer Partei oder von dem Unterrichter selbst begangen werden. Die Eigenschaft eines Attentates hat es insbesondere, wenn der Unterrichter, nichtachtend den Suspensiveffekt der ergriffenen Appellation, oder doch vor Ablauf der Berufungsfrist [4]), zum Vollzuge seines Urtheils schreitet; sofern nicht einer

1) Vgl. Martin Lehrb. ed. XII §. 276; Linde Lehrb. §. 386.

2) Komment. Bd. II S. 275.

3) Kreittmayr Anmerk. zu diesem §en lit. h: „Attentatum heist sonst in genere eine jede während des Streites in contemtum jurisdictionis et praejudicium partis unternommene Neuerung; insbesondere aber versteht man jene Neuerungen darunter, welche pendente appellatione auf diese Weise vorkommen."

4) Wo es sich von einem appellablen Bescheide in einer der Summe nach appellablen Sache handelt. Ist die Appellation wirklich ergriffen, so kann der Unterrichter auch bei dem offenbarsten Mangel der Summe nicht zum Vollzuge schreiten.

der Ausnahmsfälle vorhanden ist, in welchen der Suspensiveffekt wegfällt [5]).

2) Attentat ist, „was zum Abbruche und Nachtheile [6]) der in appellatorio rechtsanhängigen Sache [7]) unternommen wird, — und soll

3) „nicht nur mit willkürlicher Bestrafung des Attentanten [8]) geahndet, sondern auch auf seine eigene Kosten [9]) alles in den vorigen Stand, wie es vor der Neuerung gewesen ist, praevia summaria causae cognitione [10]) unverzüglich gesetzt, in der Hauptsache selbst aber nicht verfahren werden, bis die Restitution geschehen ist [11]). — Ist das Attentat „offenbar kundig" [12]),

5) Vgl. unten §. 9 Nr. II und Kap. XVIII §. 1.

6) Kreittmayr in den Anmerk. lit. f: „Wenn sich demnach „z. E. der possessor rei litigiosae während des Streites „nur bei seinem Inhaben zu schützen, und allenfalls Gewalt „mit Gewalt abzutreiben sucht, so thut er dadurch nichts in „praejudicium litis, und machte keine Neuerung, sondern er „hindert dieselbe vielmehr und continuirt nur das Recht, was „er schon hat."

7) Anmerk. lit. g: „Was also nicht im Streite oder wenigstens „in appellatorio nicht mit angebracht ist, gehört nicht hieher."

8) Geldstrafen sind hier üblich, welche bei Wiederholungen des Attentats gesteigert werden. — Gegen die attentirende Partei kann auch, wenn die Geldstrafen nichts fruchten oder Unvermögenheit obwaltet, mit Arrest verfahren werden."

9) Anmerk. lit h: „Und es macht der Codex zwischen Richter und Partei hierin keinen Unterschied."

10) S. oben Bd. II S. 21 Nr. 8.

11) Indessen findet der Aufschub nicht statt, wenn der durch das Attentat Benachtheiligte die unaufgehaltene Fortsetzung des Verfahrens beantragt. Fr. 25 de legibus.

12) D. h. so beschaffen, daß die ungebührliche Verletzung des

so wird auf erhobene Beschwerde (Attentatenklage) die Verhandlung [13]) im mündlichen Verhör [13a]) gepflogen, „im Falle aber das eingeklagte Attentat nicht klar „und offenbar, sondern zweifelhaft und altioris indaginis „zu sein scheint" [14]), findet das gewöhnliche Verfahren, jedoch mit abgekürzten Terminen, statt [15]). Nur von dem ersten, nicht von dem zweiten Falle gilt die Vorschrift, daß vor der Wiederherstellung des vorigen Zustandes in der Hauptsache nicht verfahren werden soll; in dem zweiten soll man vielmehr „die Hauptsache durch das Incidentver„fahren weder aufhalten, noch mit diesem vermischen, son„dern jedes besonders verhandeln, die Akten separiren, und „demnach entweder beide Punkte zugleich, oder nach Gestalt „der Dinge [16]) einen nach dem andern entscheiden."

4) Sind die Akten bereits dem Obergerichte vorge-

status quo offen zu Tage liegt, ohne daß eine nähere Erörterung des Rechtsverhältnisses der Parteien vonnöthen ist. Vgl. Komment. Bd. II S. 21 Note 16. — Waltet im einzelnen Falle Zweifel darüber ob, welcher von beiden Theilen Besitzer, und ob die als Attentat angeschuldigte Handlung nicht blos zur Aufrechthaltung des Besitzstandes vorgenommen worden sei, so fehlt das Merkmal des „offenbar kundig." S. unten Nr. 4.

13) Auch bei Attentaten des Unterrichters kommt eine solche Verhandlung vor, wenn nämlich der Gegner den ihm dadurch zugegangenen Vortheil behaupten will.

13a) S. auch das Gesetz v. 1. Juli 1856, Gerichtsverfassung und Gerichtsverfahren betr. Art. 3 Nr. 14.

14) S. die vorige Note und unten Nr. 15.

15) Wie dies überhaupt bei Incidentsachen üblich ist. Komment. Bd. II S. 24—25.

16) D. h. je nachdem die Verhandlung über den einen oder anderen Punkt früher spruchreif geworden.

legt [17]), oder betrifft die Attentatenklage eine von dem Untergerichte vorgenommene Neuerung, so wird dieselbe bei jenem [18]) eingereicht. Da es sich von selbst versteht, daß während des Schwebens der Berufung Neuerungen zu unterlassen sind, so scheint es ganz unbedenklich, das Verfahren über die Attentatenklage mit einem **Instandsbefehle** (mandatum inhibitorium) einzuleiten. Aber gerade das ist nicht selten Streitpunkt, ob die Handlungen, deren Untersagung der Attentatenkläger beantragt, wirkliche Neuerungen oder vielmehr nur Akte eines für den Attentatenbeklagten bestehenden Besitzstandes sind [19]); ob nicht die richterlichen Verfügungen, welche als Attentat zur Anzeige gebracht worden, aus dem Standpunkte provisori-

17) So lange die Sache noch, sei es auch in der Instruktion des Berufungsverfahrens, bei dem Gerichte I. Instanz schwebt, ist dieses für die Klage über ein Attentat des Gegners kompetent.

18) D. h. bei dem Obergerichte, vor welchem die Sache jetzt schwebt, indem, wenn etwa die Hauptsache vor dem obersten Gerichtshofe schwebt auch das Appellationsgericht der Zuständigkeit für Erledigung der Attentatenklage entbehrt. Bl. f. RA. Bd. XI S. 264. Wo dringende Gefahr auf dem Verzug, kann provisorische Einschreitung auch jetzt noch bei dem Gerichte I Instanz nachgesucht werden. S. unten §. 9, II.

19) In Besitzstreitigkeiten, deren Gegenstand gerade die Frage ist, welcher von beiden Theilen Besitzer sei. — Aber auch bei petitorischen Klagen kann dem beklagten Besitzer die Fortbenützung der Sache „sofern darin nur ein Akt des Besitzstandes liegt und eine besondere Gefährdung des eingeklagten Rechts aus Umständen des Falles nicht dargelegt ist, nicht verwehrt werden. Dies gilt insbesondere vom Fortbezug der Forstnützungen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 29*, **Seuffert's** Archiv Bd. III S. 225. S. auch ebd. Bd. X S. 417.

scher Maßregeln bei obwaltender Gefahr auf dem Verzuge sich rechtfertigen [20]). Unter solchen Umständen [21]) soll der um Einschreitung angerufene Oberrichter „mit In-„standsbefehlen behutsam verfahren, und sie entweder gar „nicht, oder wenigstens nur sub clausula: wenn die „Sache angebrachtermassen beschaffen ist, ertheilen.“ — Wenn nun der Unterrichter aus dem Inhalte der ihm mit dem bedingten Instandsbefehle zugefertigten Attentatenklage, resp. aus deren Vergleichung mit den Akten ersieht, daß sich die Sache anders verhalte, als dem Oberrichter vorgestellt worden, oder daß in der Darstellung des Attentatenklägers erhebliche Umstände verschwiegen worden, so unterbleibt vor der Hand der Vollzug des Befehles, wovon jedoch, unter Darlegung des wahren Sachverhaltes, dem Obergerichte ohne Verzug berichtliche Anzeige zu machen ist [22]). — Erscheint dem Oberrichter die bei ihm eingereichte Attentatenklage nicht einmal zur Erlassung eines bedingten Instandsbefehles geeignet [23]), so wird sie, wenn nicht wegen offenbaren Ungrundes sofortige Verwer-

20) Komment. Bd. II S. 274, IV Nr. 1. vgl. mit S. 38—46.— S. Stürzer CSV. S. 805. — Einleitung eines Zeugenverhörs zum ewigen Gedächtniß ist kein Attentat. OAGE. v. 7. März 1842 Nr. $435^{10}/_{11}$.

21) Besonders wenn es sich von einem Anrufen der Gutshintersassen gegen ihre Grundherrschaften handelte. GO. XV §. 8 Nr. 6. Heutzutage nicht mehr praktisch.

22) So wie überhaupt von provisorischen Verfügungen, welche während des Schwebens der Sache in der höheren Instanz bei dringender Gefahr auf dem Verzuge erlassen werden mußten. Stürzer CSV. S. 805.

23) Weil die Voraussetzung zur Erlassung eines bedingten Mandates ermangele. Komment. Bd. II S. 249 f.

fung erfolgt, dem Unterrichter mit dem Auftrage zugefertigt, die oben bezeichnete Verhandlung darüber zu pflegen und sodann unter Akteneinsendung Beschaffenheitsbericht zu erstatten. Auf bloße Berichtsabforderung kann sich vorerst die oberrichterliche Entschließung beschränken, wenn der Ungrund der Attentatenklage sich aus dem Inhalte derselben zwar nicht als gewiß, aber als wahrscheinlich darstellt.

§. 9.

Vom Effekte der Appellation und Adhäsion.

I.

Devolutiveffekt.

„Durch die Appellation wird die Streitsache nach dem „Maaße der eingewandten speziellen Beschwerden, sammt „allem dem, was davon abhängt, an den höheren Richter „devolvirt."

Zur Erläuterung dieser Gesetzstelle dienen folgende Sätze:

1) Ein Civilprozeß und das darin ergangene Urtheil kann verschiedene Streitgegenstände betreffen; in den einzelnen Streitsachen kommen häufig mehrere Streitpunkte vor; über einen Streitgegenstand kann nach Theilen desselben verschieden erkannt werden. Wenn nun die eingewandten speziellen Beschwerden [1])

1) Welche übrigens nicht nach dem Buchstaben, gleichsam als seien sie ein Akt des Formularrechts, sondern nach der Intention des Appellanten, mit vergleichender Rücksicht auf die in der Berufungsschrift und sonst in den Akten gestellten Anträge aufzufassen sind. S. unten Note 8. Auch ist immer zu berücksichtigen, daß alles von der speziellen Beschwerde Abhängende gleichfalls devolvirt ist. Vgl. unten Nr. 2.

nur über einen oder einige der mehrern Streitobjekte, über einen oder den andern der mehrern Streitpunkte oder nur über einen Theil des ursprünglichen Streitgegenstandes erhoben sind, so ist das angefochtene Urtheil hinsichtlich der übrigen Streitgegenstände resp. Streitpunkte oder Streitobjektstheile in Rechtskraft erwachsen, und die Devolution des Prozesses an den höhern Richter erstreckt sich auf dieselben nicht [1a]. Die Berufung über einen von mehrern Klagposten oder über eines von mehrern Fundamenten der Klage hindert nicht den Eintritt der Rechtskraft in Ansehung der übrigen; eben so kann der Ausspruch des Unterrichters über eine Einrede oder die Wirksamkeit eines Beweismittels oder einen andern prozeßualischen Streitpunkt in Rechtskraft übergegangen sein, während dessen Entscheidung über die Klage oder über andere Einreden oder das Ergebniß andrer Beweismittel, beziehungsweise über andre Prozeßfragen — an den Oberrichter devolvirt wurde; die Entscheidung der Frage, ob und wodurch eine Klage oder Einrede für begründet zu achten, kann bereits rechtskräftig feststehen, während die andere Frage, ob sie bereits (im Vorverfahren) bewiesen vorliege, noch vor dem Oberrichter schwebt [2]. In Ansehung der, in Ermanglung darauf ge-

1a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XX S. 270—1; Seuffert's Archiv Bd. III S. 249.

2) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 54. Ist gegen ein Beweisinterlokut nur darum Beschwerde geführt, weil die zu beweisende Thatsache bereits bewiesen vorliege, so darf der Oberrichter in die Frage nicht eingehen, ob die fragliche Thatsache die darauf gebaute Klage oder Einrede zu begründen geeignet sei. — Wenn der Unterrichter dem Kläger Beweis auferlegt hat, hierüber nur der Kläger Beschwerde führt, und der Oberrichter nun die Ueberzeugung gewinnt, daß die Klage

richteter, beziehungweise statthafter [3]) Beschwerde, nicht an den Oberrichter devolvirten Streitpunkte, hat derselbe keine Kognition; er ist zu einer Abänderung nicht befugt, wenn er gleich bei der gelegenheitlichen Prüfung die Ueberzeugung gewann, daß ungerecht geurtheilt worden.

2) Die Streitpunkte, auf welche die speziellen Beschwerden gerichtet sind, werden mit Allem, was davon abhängt, an den höhern Richter devolvirt. Demzufolge erwächst

a) mit der Frage, ob die Beschwerde begründet? — auch die davon abhängige: wie im Beschwerdepunkte zu erkennen sei? — zur oberrichterlichen Kognition. In Entscheidung dieser zweiten Frage darf der Oberrichter, was den Streitgegenstand betrifft, mittel- oder unmittelbar [4]), nicht mehr oder ein Andres zuerkennen, als der Appellant beantragt [5]), auch in der Regel nicht zum Nachtheil des Appellanten abändern [6]); im Uebri-

völlig unbegründet sei, so kann er doch (abgesehen von den Fällen, wo es sich von einem von Amtswegen zu handhabenden gesetzlichen Gebot oder Verbot handelt) dieser Ueberzeugung keine Folge geben, d. h. auf Klagabweisung nicht erkennen; sondern es bleibt ihm unter solchen Umständen nichts übrig, als die Abweisung der Beschwerde auszusprechen. Vgl. unten §. 11.

3) Ist die darauf gerichtete Beschwerde nicht statthaft, weil etwa die Sicherung derselben durch rechtzeitige Verwahrung unterlassen worden, so steht es gerade so, als wäre die Beschwerde gar nicht vorhanden.

4) Mittelbar, indem z. B. das Interlokut auf eine größere Summe gerichtet wird, als Appellant verlangt. — S. auch Seuffert's Archiv Bd. II S. 433 f.

5) Vgl. Bd. I S. 387 Nr. 3 lit. a.

6) S. hierüber unten Abth. III des vorliegenden §en.

gen [7]) hat er in seinem Urtheile das Ergebniß der wiederholten Sachprüfung auszusprechen, ohne sich dabei hinsichtlich der Frage, ob und in welcher Art interlokutorisch oder ob sofort definittiv zu erkennen sei? durch die Anträge des Appellanten beschränken zu lassen [8]). — Hat etwa der Appellant gegen ein Interlokut nur darüber Beschwerde geführt, daß nicht definitiv zu seinen Gunsten erkannt worden, ohne dabei eventuell die Aufbürdung der Beweislast oder die Fassung des Beweissatzes anzugreifen, so ist doch der Oberrichter, wenn ihm die Sache zur Erlassung der beantragten Definitivsentenz nicht reif erscheint, in Beziehung auf Beweislast und Beweissatz jede Abänderung zu treffen befugt, welche nicht offenbar zum Nachtheile des Appellanten gereicht [9]). — Beschwert sich der Appellant über Un=

7) D. h. außer der eben angegebenen Begränzung.

8) GO. XV §. 11 Nr. 2: „Dem rechtl. Befund nach." Vgl. Martin in Weber's Paraphrase seines Lehrbuchs S. 89—10; Mevius Decis. P. V decis 141; P. VII decis 109; Bl. f. RA. Bd. IV S. 401—4, Bd. VIII S. 140—1, wo aus einem OAGE. folgende Sätze mitgetheilt werden: „Wenn gleich der Richter, soviel das objectum litis in der Hauptsache betrifft, nicht ultra petita partium erkennen soll, so spricht doch das Gesetz nur von dem objectum litis in der Hauptsache und sagt ausdrücklich, daß der Richter nicht über die in den Akten enthaltenen Petita hinausgehen soll. Kreittmayr warnt in den Anmerk. (XIV §. 7 lit. b) besonders vor dem Irrthum, als müsse man gerade an das der Klage (oder der Berufungsschrift) angehängte Petitum sich binden, und er sagt ausdrücklich, daß man auf das erkennen soll, was in den Akten entweder expresse oder tacite, realiter vel virtualiter enthalten ist." Vgl. auch OAGE. vom 9. Nov. 1841. Nr. $176^{39}/_{40}$.

9) Eine nähere Ausführung hierüber s. in den Bl. f. RA. Bd. VIII S. 49—56. Uebereinstimmend OAGErkenntnisse ebd. Bd. XV

richtigkeit oder Unvollständigkeit des Beweissatzes oder darüber, daß ihm, statt seinem Gegner, der vom Unterrichter für erforderlich gehaltene Beweis aufgebürdet worden, so ist der Oberrichter nicht gehindert [9a]), das Resultat der zur Würdigung der Beschwerde [10]) angestellten Sachprüfung in einem dem Appellanten günstigen Definitivurtheile, beziehungsweise in einer vom Appellanten nicht begehrten vortheilhaften Modifikation der Beweisauflage auszusprechen [11]). — Erachtet der Oberrichter eine Eides-

S. 127, Bd. XVI S. 29*. — Von einem Falle, in welchem der appellirende Beklagte nur eine Beweisauflage an den Kläger beantragt hatte, gleichwohl auch auf einen vom Beklagten zu erbringenden Beweis erkannt wurde, — s. Bl. f. RA. Bd. XII S. 183.

9a) Insbesondere nicht durch die unstatthafte Fiktion, in der Erbittung einer bestimmten Modifikation des vorinstanzlichen Interlokutes liege faktisch ein Verzicht auf jede andere günstige Abänderuug desselben. Vielmehr spricht offenbar die Vermuthung dafür, daß dem Appellanten eventuell jede ihm vortheilhafte Aenderung des gravirenden Urtheils willkommen sein werde. Hat etwa der Appellant zunächst ein Definitivurtheil und nur eventuell eine bestimmte Aenderung der Beweisauflage beantragt, so liegt auch in diesem Umstande für die Annahme, daß auf jede andere vortheilhafte Modifikation der Beweisauflage faktisch verzichtet worden, nicht der geringste Haltpunkt.

10) Bl. f. RA. Bd. II S. 109—12. Allerdings ist der Oberrichter an den Umfang der speziellen Beschwerde gebunden; aber die unrichtige Folgerung, welche der Appellant aus den Prämissen der Beschwerdebegründung in der Berufungsbitte zieht, kann dem Oberrichter den Zwang nicht auflegen, ein unnöthiges Vor- oder Zwischenverfahren einzuleiten. Komment. Bd. I S 389 lit. c, β.

11) Bl. f. RA. Bd. X S. 28, Bd. XVII S. 234, Bd. XX

leistung für unnöthig, welche ihm zuzuerkennen Appellant beantragt, so ist nicht auf diese, sondern nach der Sachlage definitiv zu erkennen. Ueberhaupt ist es Sache des Oberrichters, unnöthige Eidesleistungen abzuschneiden, auch wenn über deren Zuerkennung keine Beschwerde geführt worden [12]. — Von Obergerichtsurtheilen, welche die Devolutionsgränze überschreiten, — s. unten Komment. zu Kap. XVI §. 2, I Nr. 3.

b) Zufolge der Devolution der Sache nach dem Maaße der speziellen Beschwerden sammt allem dem, was davon abhängt, kann der Oberrichter in den Fall kommen, über Streitpunkte zu urtheilen, worüber sich der Unterrichter noch nicht ausgesprochen hat [13].

S. 269. Auf andere außer der Sphäre der fraglichen Beschwerde liegende Streitpunkte hat dies keinen Bezug. War dem Kläger Beweis aufgelegt, und der höhere Richter vom Beklagten angerufen, welcher auf Grund einer Einrede von der Klage entbunden sein will, so kann der Ausspruch, daß die Beschwerde unerheblich, zur sofortigen Verurtheilung des Beklagten nicht führen. Denn der Kläger hatte sich bei dem Erkenntnisse, welches ihm Beweis der Klage auflegte, beruhigt, die Spezialbeschwerde des Beklagten hatte es nur mit der Einrede zu thun. Bl. f. RA. Bd. XX S. 270 f. — Dagegen waltet kein Bedenken ob, den Berufungsantrag auf Modifizirung einer dem Appellanten gemachten Beweisauflage zufolge oberrichterlichen Amtes als Antrag auf Uebertragung der Beweislast auf den Gegner aufzufassen. Ebd. Bd. XX S. 30.

12) OAGE. vom 8. Okt. 1842 Nr. 328 41/42. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 139 f. Ueber oberrichterliche Abänderung der Eidesformel ohne hierauf gestellten Antrag s. Bl. f. RA. Bd. XX S. 61*.

13) Plenarbeschluß des OAG. vom 10. Dez. 1842 (Regbl. von 1843 S. 28—38.) — Bl. f. RA. Bd. III S. 81—5, Bd. IV

Hatte der Unterrichter dem primären Antrage des Klägers stattgegeben und eben darum die Würdigung des eventuellen unterlassen, so findet, wenn der Oberrichter auf Appellation des Beklagten den primären Antrag für unbegründet erachtet, Zurückweisung an den Unterrichter bezüglich des eventuellen nicht statt [13a]; vielmehr ist sofort darüber vom Oberrichter zu entscheiden [14]). — Ist eine Klage nach gepflogner Verhandlung, wegen Mangels am Klagegrunde [15]) — ohne Würdigung des sonstigen Inhalts der Verhandlungen definitiv oder angebrachtermassen oder zur Zeit abgewiesen worden [16]), so hat sich der Oberrichter, welcher die über diese Abweisung erhobene Beschwerde für begründet erachtet, nicht auf den Ausspruch „daß die Abweisung nicht stattfinde," zu beschrän-

S. 351. Waren etwa die Streitpunkte, worüber der Unterrichter nicht erkannt hat, noch nicht umständlich verhandelt und völlig spruchreif, so kann natürlich nicht davon die Rede sein, sie jetzt schon durch oberrichterlichen Spruch zu erledigen. Vgl. hierüber oben S. 100. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 248.

13a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 263.

14) OAGE. vom 30. März 1841 Nr. 172 37/38.

15) Hieher gehören auch Mängel an der Sachlegitimation (Vgl. Bd. II S. 178 und diejenigen Mängel, welche nicht beachtet werden, wenn sie der Beklagte nicht (z. B. in der Form der Einreden der Vorausklagung, des SC. Macedonianum, des nicht protokollirten Vertrages) gerügt hat. Vgl. die Motive des angef. PlB. Nr. 6. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 129. — S. übrigens Cucumus im Archiv für civ. Praxis Bd. XXVI S. 343 f.

16) Ob sich der Richter der Formel der Klagabweisung, oder jener der Entbindung von der Klage bedient hat, macht keinen Unterschied. Vgl. den angef. Plenarbeschluß mit dem Komment. Bd. II S. 223 f., 345 f.

ken, sondern vielmehr auch positiv zu erkennen, was Rechtens [16a]). Dieses Erkenntniß hat, ohne Rücksicht darauf, daß der Appellant selbst nur den Ausspruch der Nichtabweisung und im Uebrigen Zurückweisung an den vorigen Richter beantragt hat [17]), alle diejenigen Punkte zu umfassen, auf welche es nach Annahme der rechtlichen Begründung der Klage anzukommen hat; so die etwa erforderliche Bestimmung über Beweislast und Beweissatz, wie die Entscheidung über die vorgebrachten Einreden, Repliken u. s. w. [18]). —

Anders verhält sich die Sache, wenn die Abweisung der Klage nicht wegen Mangels am Klagegrunde geschehen war, sondern „sich als das Ergebniß der Lösung einer „die Sachbitte des Klägers nicht entscheidenden Vorfrage „darstellt," wie dies bei Abweisungen wegen unzulässiger Klagabänderung [19]) oder auf dem Grunde von gerichtsablehnenden, prozeßhindernden und solchen dilatorischen Einreden der Fall ist, welche nicht blos unter der Form der Einrede einen Mangel am Klaggrunde rü-

16a) Ein Nebengrund gegen die Zurückweisung an den vorigen Richter kann auch in der Dringlichkeit der Sache liegen. Seuffert's Archiv Bd. III S. 248.

17) Motive des angef. PlB. Nr. 8. — Vgl. Seuffert's Archiv a. a. O.

18) Vgl. die angef. Motive Nr. 7. Diese Prüfung des übrigen Akteninhalts kann zu dem Resultate führen, daß nun die ausgesprochene Abweisung aus einem anderen Grunde bestätigt wird.

19) Hier wurde die Klage nicht abgewiesen, weil sie als nicht gegründet, sondern weil sie geändert befunden worden. OAGE. vom 13. Febr. 1844 Nr. 744$^{40}/_{41}$; vom 31. Januar 1856 Nr. 674$^{54}/_{55}$. Bl. f. RA. Bd. IX S. 141.

gen [20]). Wird die über Klagabweisung dieser Art erhobene Beschwerde für begründet erachtet, so hat sich der Oberrichter auf den Ausspruch der Nichtabweisung zu beschränken, und die Sache zur weiteren Aburtheilung an den vorigen resp. den ersten Richter zu verweisen [20a]).

Nach gleichen Grundsätzen ist zu unterscheiden, wenn dieselbe Frage in spätern Stadien des Prozesses, insbesondre im Beweisverfahren vorkommt. Ist nach durchgeführtem Beweisverfahren von dem ersten Richter, z. B. wegen Annahme des Mißlingens der Beweisführung in Ansehung einer von mehrern kopulativ zum Beweis aus-

20) Vgl. Cucumus a. a. O. §. 6 f. — Hieher gehören z. B. Präjudizialeinreden in dem Bd. II S. 322 Nr. 3 bezeichneten Sinne (nicht bloße Beanstandungen der Sachlegitimation), Einreden der mangelnden Kaution, der unzuläßigen Klagenhäufung oder der unrecht gewählten Prozeßart (ausdrücklich vorgebracht oder richterlich supplirt). — Ist auf der anderen Seite die Abweisung wegen Mangels am Klaggrunde geschehen, so macht es keinen Unterschied, daß dieser Mangel vom Beklagten unter der Form einer Einrede, z. B. exceptio libelli inepti gerügt war. — Vgl. die angef. Motive Nr. 4—6 mit dem Komment. Bd. II S. 314—6 War die Entbindung des Beklagten von der Klage auf dem Grunde einer einfach peremtorischen Einrede geschehen, so wird durch die Berufung des Klägers die ganze Sache an den Oberrichter devolvirt, mag gleich die Würdigung der Klage resp. des Beweises des Klagegrundes in der Vorinstanz (ungeeigneterweise) unterblieben sein. Vgl. übrigens Seuffert's Archiv a. a. O.

20a) Bl. f. RA. Bd. XIV S. 333 Nr. 3. Bei solchen Zurückweisungen mag es als angemessene Anordnung erscheinen, das neue Erkenntniß der vorigen Instanz, welches lediglich durch richterlichen Mißgriff nöthig geworden, tax- und stempelfrei auszufertigen. Ebd. Bd. X S. 251.

gesetzten Thatsachen — die Prüfung in Ansehung der übrigen als überflüssig unterlassen worden, so wird doch durch die Berufung gegen das Endurtheil die ganze Sache an den Oberrichter devolvirt, und es ist, im Falle die dem vorigen Erkenntnisse in Ansehung jenes einzelnen Punktes zu Grnnde liegende Ansicht für unrichtig erkannt wird, die Zurückweisung zu weiterem Erkenntnisse über den andern Inhalt der Beweisführung unzulässig; vielmehr hat hier der Oberrichter, die Vollständigkeit der Instruktion hinsichtlich aller Punkte vorausgesetzt, über das Ganze zu erkennen. War hingegen die Nichtbeachtung eines Theils der Beweisführung Ergebniß der Beantwortung einer formellen Vorfrage [21]), z. B. der Präklusion wegen Verspätung [21a]), so hat der Oberrichter, welcher die Präklusion für nicht gerechtfertiget und das Präkludirte für relevant erachtet, seinen Ausspruch auf Abänderung in diesem Punkte zu beschränken, und die Sache zu (weiterer Instruktion und) nochmaligem Erkenntnisse zurückzuweisen.

Von der Annahme völligen Gelingens oder Mißlingens einer Beweisführung hängt die Erlassung des Definitiverkenntnisses ab. Wenn nun die wegen Auftragung eines nothwendigen Eides erhobene Beschwerde für begründet, und die Sache als reif zu endlichem Erkenntnisse erachtet wird, so ist dieses, ohne daß Zurückweisung stattfände, vom Oberrichter selbst zu erlassen; was auch in denjenigen Fällen gilt, wo die Zuerkennung einer gewissen Summe auf Berechnung oder richterlichem Ermessen beruht.

21) Wozu aber die Prüfung der Glaubwürdigkeit der Zeugen eben so wenig gehört, als die Prüfung der Gültigkeit einer Urkunde oder der Statthaftigkeit einer Eideszuschiebung. Bl. f. RA. Bd. VI S. 16.

21a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XV S. 333.

c) „Auf solche Posten, welche als Nebensachen da„zu[22]) kommen, wie z. B. Früchte, Zinsen[22a]), Schä„den, Kosten[22b]), Pertinentien und dergleichen," kann der Oberrichter sein Urtheil erstrecken, wenn gleich eine spezielle Beschwerde in diesem Betreffe nicht erhoben wurde[22c]).

d) Was mit dem Gegenstande einer eingewandten speziellen Beschwerde so unzertrennlich zusammenhängt, daß es nur in dieser Verbindung die Voraussetzung seines Daseins hat, wird durch dieselbe gleichfalls Aufgabe der oberrichterlichen Beurtheilung; so die Bestimmung über Modalität der Verbindlichkeitserfüllung durch Beschwerdeführung über das Dasein der Verbindlichkeit, überhaupt die Verfügungen über die Mittel, wenn die Berufung den Zweck beanstandet[22d]).

22) D. h. zu dem durch die Berufung devolvirten Gegenstande.

22a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 144 Nr. 12.

22b) Ohne Unterschied der Fälle der Kostenkompensation, Verurtheilung eines Theils zum Kostenersatze, oder ausdrücklicher Vertagung des Ausspruchs über die Kosten, ferner ohne Unterschied, ob die Offizialprüfung des Kostenpunktes zum Vortheil des Appellanten oder des Appellaten ausschlägt, und ohne daß diese Offizialprüfung durch einen die Berufungssumme erreichenden Betrag der fraglichen Kosten bedingt wäre. Bl. f. RA. Bd. XI S. 321 f.

22c) Immerhin ist hier vorausgesetzt, daß es sich z. B. von Schäden handelt, über welche schon in der Vorinstanz verhandelt war, und ein Ausspruch erfolgt ist oder doch hätte erfolgen sollen. Auf Schadens-Ansätze, welche erst im Berufungsverfahren vorgebracht wurden, bezieht sich diese Gesetzesvorschrift nicht. OAGE. vom 28. Okt. 1854. Nr. 28$^{51}/_{55}$.

22d) Von richterlichem Ermessen, insbesondere dem oberrichterlichem Amte zur Feststellung des Betrags einer Gebühr oder Vergütung, wenn die zum Zwecke dieser Feststellung versuchte

e) Die Kognition des Oberrichters erstreckt sich auch auf Incidentstreitpunkte, welche sich während des Schwebens der Sache in der höheren Instanz ergeben, und mit dem Gegenstand der Beschwerdeführung zusammenhängen [23]).

II.

Suspensiveffekt [24]).

„In dem nämlichen Maaße" (der eingewandten speziellen Beschwerden) „ist dem Unterrichter die Hand derge„stalt gebunden, daß er hierin [25]) weiter nichts mehr thun „kann, sondern den Ausspruch des obern Richters erwar„ten muß."

Zur Erläuterung dieser Gesetzstelle dient das im §. 8 Vorgetragene.

Der Suspensiveffekt der Appellation tritt nicht ein

1) bei Berufungen gegen „bloße Provisionalverord„nungen in Sachen, welche der Gefahr wegen keinen län„geren Verzug leiden [26]), besonders aber in causis pos„sessorii summariissimi et momentanei;"

Nachweisung mißlungen ist, — s. ebd. Bd. XVI S. 80. — Vom oberrichterlichen Amte in supplirender Benützung von Beiakten — ebd. Bd. XVIII S. 188. — Von oberrichterlicher Abänderung der Eidesformel ohne hierauf gestellten Antrag — ebd. Bd. XX S. 61*.

23) Z. B. wenn ein Provisorium nöthig wird.

24) Desertion und Mangel der Summe hindern die Suspensivkraft nicht. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 381.

25) Gemeinhin wirkt die Suspendirung der Rechtskraft in Ansehung einzelner Streitpunkte, zufolge des Zusammenhangs und der Akteneinsendung, auch den Aufschub des Vollzugs im Uebrigen.

26) Vgl. Komment. Bd. II S. 44 f.

2) bei Berufungen gegen „Erkenntnisse, wobei es „sich um die richterliche Beseitigung einer besitzstörenden „Selbsthülfe handelt [27]);" indem der darin ausgesprochenen Untersagung fernerer Bethätigung der Eigenmacht ohne Aufschub Folge zu geben ist;

3) „wenn in einem blos das thatsächliche Verhältniß „betreffenden Streite das ergangene Urtheil auf ein vom „Richter als rechtsgiltig [28]) anerkanntes Geständniß oder „auf gerichtlichen, ohne Beiziehung von Sachverständigen „eingenommenen Augenschein, oder auf unbestrittene öffent„liche oder anerkannte Privaturkunden [29]), oder auf einen „zugeschobenen oder zurückgeschobenen und abgeleisteten Eid „gegründet ist," jedoch in diesen Fällen nur „unter der „Voraussetzung, daß von Seite des obsiegenden Theiles „Sicherheit geleistet wird, wobei der Richter erster Instanz „über die Art der Kautionsleistung, wenn sie bestritten „wird, ohne Appellation erkennt."

4) bei Berufungen gegen Erkenntnisse in der Exekutionsinstanz, worüber das Nähere oben §. 3 Abth. II S. 30—34 vorgekommen ist;

Ueber die Kompetenz des ersten Richters in Ansehung des Suspensiveffektes s. oben §. 3 S. 66.

III.

Adhäsion und reformatio in pejus [30]).

„Die einmal rechtmäßig eingewandte Appellation kommt

27) In Fällen des interdictum uti possidetis, auch des interd. quod vi aut clam, der operis novi nunciatio.

28) D. h. als vollbeweisend. Vgl. Bd. III S. 263—282.

29) Es handelt sich hier von Urkunden, aus welchen die rechtsbegründende Thatsache geradezu erhellt, nicht erst mittels Schlußfolgerungen ermittelt wird.

30) Martin's Lehrb. §. 291—2 und Bayer's Vorträge ed.

„auch dem appellatischen Theile so weit zu Gute, daß er „derselben in sämmtlichen durch das gravirende Urtheil entschiedenen Punkten, welche mit seinen, des Appellaten, „Beschwerden [31]) Konnexion haben, und aus einer Quelle „fließen, sogar nach schon verflossenen Fatalien noch adhäriren kann."

Gemäß dieser Vorschrift ist

1) die Appellationsgemeinschaft [32]) und die Befugniß des Oberrichters, den im angefochtenen Urtheile dem Appellaten zugefügten Beschwerden abzuhelfen, durch Beantragung dieser Abhülfe von Seite des Appellaten (ausdrückliche Adhäsion) bedingt [32a]).

2) Voraussetzung der Adhäsion [32b]) ist, daß die Ap-

VIII §. 325. — Linde Handb. Bd. V §. 194 ff. und im Arch. für civ. Pr. Bd. XIX S. 462 f., Bd. XXXIII S. 149. Arnold ebd. Bd. XXVIII S. 73 f. vgl. mit Bl. f. RA. Bd. X S. 225 f. Schmid in der Gießener Zeitschrift N. F. Bd. IV S. 25 f. Sartorius im Arch. f. civ. Pr. Bd. XXXI S. 83 f., S. 313 f.

31) Ein Appellat, dem überhaupt keine Beschwerdeführung gegen das fragliche Urtheil zusteht, kann auch nicht adhäriren; z. B. der Beklagte, wenn der Kläger darüber Beschwerde führt, daß die Klage von der Gerichtsschwelle angebrachtermassen abgewiesen worden. S. oben S. 15 Note 31. Wohl aber kann in den Fällen des §. 51 der Nov. v. 1837 die nach §. 53 rechtzeitig gewahrte Beschwerde gegen Zwischenbescheid oder prozeßleitendes Dekret auch auf dem Wege der Adhäsion an den Oberrichter gebracht werden. S. oben S. 25 Note 53 a. E.

32) Vgl. Const. 39 de appell. (7, 62).

32a) Sofern nämlich dem Appellaten überhaupt Veranlassung zu einer Beschwerdeführung gegeben war. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 369, Bd. VIII S. 415, Bd. XIX S. 352.

32b) Ueber Adhäsion in bayerischen und Nürnberger Handelsge-

pellation rechtmäßig eingewandt worden; indem mit der formellen Unzulässigkeit der Hauptberufung die Adhäsion als wirkungslos hinwegfällt [33]). Dagegen verliert sie ihre Wirkung nicht, wenn der Appellant auf seine eingewendete Appellation verzichtet [33a]).

3) Die Adhäsion ist, wie die Hauptberufung, durch das Dasein der gesetzlichen Beschwerdesumme (s. oben §. 3 II und unten §. 12) bedingt [34]). Dieselbe ist

4) bei Verwirkung des Rechtsnachtheiles des Ausschlusses binnen 14 beziehungsweise 30 Tagen unerstrecklicher Frist, je nachdem für die Berufung im gegebenen Falle die eine oder andere Frist gilt (s. oben §. 6), vom Tage der Zustellung der Berufung an gerechnet, bei dem Gerichte erster Instanz zu übergeben, oder etwa, bei protokollarisch verhandelten Sachen, zu Protokoll zu erklären [35]).

5) Die allgemeine Erklärung, adhäriren zu wollen, ist nicht genug; es müssen die Adhäsionsbeschwerden spe-

richtssachen s. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 293, Bd. XVIII S. 356.

33) Novelle von 1837 §. 68 Abs. 3. Seuffert's Archiv Bd. II S. 439. — Dadurch, daß die Formalien der gegnerischen Berufung — aus unerheblichen Gründen — beanstandet werden, geht des Appellaten Befugniß zu adhäriren nicht verloren. Bl. f. RA. Bd. III S. 255 Nr. 2.

33a) Bayer a. a. O. S. 1066.

34) Novelle von 1837 § 68 Abs. 2.

35) Angef. Novelle §. 68 Abs. 1 vgl. mit §. 67 Abs. 4. Dies gilt sowohl für Berufungen zur zweiten, wie für jene zur dritten Instanz. — Appellationen, welche nach Ablauf der Nothfrist einkamen, sind, sofern auch der Gegner appellirt hat, in den konnexen Punkten als Adhäsion zuzulassen. Bl. f. RA. Bd. III S. 255 Nr. 3, Bd. X S. 186.

ziell aufgestellt werden. Was in diesem Betreffe von den Berufungsbeschwerden gesagt wurde, gilt auch für die Adhäsion. — Es ist nicht ausgeschlossen, nur bedingnißweise zu adhäriren, nämlich für den Fall, wenn der Oberrichter eine dem Antrage des Appellanten entsprechende Abänderung des vorigen Urtheils beschließen würde [36]).

6) Adhäsion findet nur in solchen Punkten statt, welche durch das nämliche Urtheil, worüber appellirt wird, entschieden sind; über anderwärts verhandelte oder entschiedene Punkte läßt sich nicht adhäriren; was aber auf gewahrte Beschwerden gegen frühere Dekrete oder Zwischenbescheide nicht zu beziehen ist [36a]).

7) Es sollen keine von den Appellationsbeschwerden getrennte, sondern damit konnexe [37]) Punkte sein, und zwar dergestalt, daß sie aus demselben Rechtsverhältnisse, aus demselben Vertrage, Geschäfte oder Vergehen fließen [38]). Darauf, daß die Adhäsion gerade die nämliche Nummer des Urtheilssatzes betreffe, kommt es nicht an [39]); ebenso wenig darauf, ob etwa von der einen Seite ein Definitiverkenntniß, von der andern ein Zwischenbescheid beantragt wird [40]). Bildet der Ausspruch über die Klagbegründung

36) S. oben §. 1 Note 2 und §. 3 S. 29.

36a) S. oben Note 31. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 363, Bd. XX S. 88*.

37) Nicht Identität, nur Konnexität wird gefordert. — Vgl. Stürzer CGB. S. 807.

38) Vgl. die in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 398—400 auszugsweise mitgetheilten OAGErkenntnisse. — Betrifft die Appellation nur den Kostenpunkt, so kann über die Hauptsache nicht adhärirt werden. Stürzer a. a. O.

39) Bl. f. RA. a. a. O.

40) Vgl. OAGAkt. Nr. 1419 $^{11}/_{42}$. Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 128.

den Gegenstand der Appellation, so kann sich die Adhäsion auf eine der Klage entgegengesetzte Einrede beziehen [40a]; sofern nicht die Einrede auf einer selbstständigen Gegenforderung, auf einem besonderen Geschäfte fußt, oder als prozessualische Voreinrede eine gesonderte Streitfrage bildet [40b]. — Unter Voraussetzung der Konnexität steht es der Adhäsion gleichfalls nicht im Wege, daß sie einen Ausspruch in der Vorklage betrifft, während die Berufung auf einen Ausspruch in der Widerklage gerichtet war, oder umgekehrt [40c]. Was die nicht konnexen, z. B. einen anderen Forderungsposten betreffenden Punkte betrifft, so „soll Appellat, in so weit er diesfalls beschwert zu sein „glaubt, seine ordentliche Appellation auf die nämliche Art, „wie der Appellant, mithin auch intra fatalia sub poena „desertionis einbringen [41]."

In allen Streitpunkten, worüber weder eine selbstständige Appellation noch zuläßige Adhäsion des Appellaten

40a) Bl. f. RA. Bd. VII S. 400, Bd. X S. 251.

40b) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 191. Der Ausspruch über gerichtsablehnende Einreden ist hier gemeint, nicht aber die Entscheidung über exc. libelli obscuri, inepti etc., bei welcher es sich von einer Beurtheilung des zur Klagbegründung Vorgebrachten handelt. Ebd. Bd. X S. 251.

40c) Ebd. Bd. XIV S. 90, Bd. XVIII S. 270.

41) Vgl. Stürzer CGV. S. 806: „Haben beide Theile selbstständig appellirt, über dieselben, oder über verschiedene Punkte, so ist die eine Appellation von der anderen unabhängig; über beide wird jedoch zugleich verhandelt, und in einem Urtheile entschieden." — In einer Sache wurde vom Kläger über den Ausspruch in der Hauptsache appellirt, vom Beklagten wegen der Bewilligung der Restitution, welche das Eingehen auf die Hauptsache vermittelt hatte, adhärirt. Das OAG. nahm an, es fehle an der Konnexität. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 288.

vorliegt, ist eine Abänderung zum Nachtheile des Appellanten (reformatio in pejus), wegen der in Mitte liegenden partiellen Rechtskraft [42]), der Regel nach unzulässig [43]). Diese Regel gilt aber nicht, wo es sich von einem der Privatwillkür entzogenen, von Amtswegen zu regelnden Punkte handelt. Fehlt es an der Eigenschaft einer Justizsache oder an der Jurisdiktion des ersten Richters für Sachen der fraglichen Art, so muß der Oberrichter (sofern nicht Rechtskraft bezüglich der Vorfrage im Wege steht [43a]) die Klage abweisen, wenn gleich über deren Zulassung keine Beschwerde geführt worden [44]). Ein in dem angefochtenen Erkenntnisse vorbehaltenes weiteres Verfahren, dessen unvermeidliche Erfolglosigkeit mit Gewißheit vorliegt, ist ohne Rücksicht auf obige Regel ober=

42) S. oben Note 2.

43) Diese Rechtskraft äußert ihre Wirkung auf den Fortgang des Prozesses in mannigfacher Weise. Wenn z. B. das Urtheil erster Instanz von den geforderten 600 Gulden nur 150 zuerkannt, gegen diesen Ausspruch nur der Beklagte Beschwerde geführt hat, und nun das Obergericht an die Stelle der Verurtheilung in eine gewisse Summe einen Zwischenbescheid setzt, in welchem von einer gewissen Summe nichts vorkommt, so kann doch später nach Erledigung der Anordnungen des Zwischenbescheides der Beklagte nicht über die durch jene Rechtskraft gesetzte Gränze, d. h. nicht in mehr als 150 fl. verurtheilt werden.

43a) Vgl. unten §. 11 zu Nr. 1.

44) Seuffert in v. Zurhein's Jahrb. Heft 2 S. 306. — Ist eine Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit, z. B. über Interdiktion wegen Verschwendung, ungeeignet als Civilprozeßsache behandelt worden, so hat der Oberrichter von Amtswegen das Verfahren aufzuheben, und die Einleitung sachgemäßer Behandlung anzuordnen. OAGAkt. Nr. 717 $^{12}/_{13}$.

richterlich abzuschneiden [45]). Diese Regel steht gleichfalls nicht im Wege, wenn die Geltendmachung einer Forderung aus einem verbotenen Rechtsverhältnisse oder die Anwendung einer der von Amtswegen zu handhabenden Vorschriften in Frage ist, welche in Betreff des Beweises durch Eid gelten [46]); oder wenn amtliche Fürsorge für den Legitimationspunkt zu bethätigen [47]), oder obrigkeitliche Einschreitung im Interesse der öffentlichen Ordnung nothwendig ist [48]). — Uebrigens ist eine Abänderung des vorigen Urtheils darum, weil sie von der in der Berufungsschrift beantragten abweicht, noch nicht als reformatio in pejus anzusehen; so wenn der Appellant ein Definitiverkenntniß zu seinen Gunsten beantragt hat, und der Oberrichter andere Thatsachen zum Beweise aussetzt, als der vorige Richter in dem angefochtenen Interlokute [49]); oder wenn

45) Bl. f. RA. Bd. VI S. 47—8; Bd. VIII S. 139 Note 1.

46) OAGAkt. Nr. 726$^{37}/_{38}$. Bl. f. RA. Bd. XX S. 61*; Seuffert's Archiv Bd. II S. 301. Vgl. Komment Bd. III S. 351, 364, 369 f. — Ueber das in Folge einer solchen Abänderung zu erlassende Definitiverkenntniß — s. oben S. 119.

47) Wo es sich davon handelt, einem Verfahren ein Ende zu machen, welches jedenfalls eine Kette von Nichtigkeiten sein würde, ist das Verbot der reformatio in pejus kein Hinderniß.

48) Vgl. Mittermaier im Archiv für civ. Praxis Bd. VII S. 97 f.

49) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 53 f.; Bd. XVIII S. 263. Solche Abänderungen sind besonders in Fällen unbedenklich, wo der appellirende Kläger wegen Mangelhaftigkeit der Klagbegründung angebrachtermassen hätte abgewiesen werden sollen, und der Oberrichter nur durch die Unzulässigkeit der reform. in pejus abgehalten wird, diese Abweisung seinerseits aus-

auf Beschwerdeführung über eine kopulative Beweisauflage, statt der beantragten alternativen Fassung, die Beweisauflage auf eine der mehreren Thatsachen beschränkt wird [50]); oder wenn dem Appellanten, welcher definitive Zuerkennung verlangt, statt des als Wahrheitseid aufgelegten Haupteides der Reinigungseid in der Glaubensform aufgetragen wird [51]). Hat Appellant gegen das unterrichterliche Interlokut Beschwerde führend, Verurtheilung des Appellaten in den ganzen Betrag der Klagsumme verlangt, so ist es gleichfalls keine reformatio in pejus, wenn der Oberrichter nun den Beklagten, indem er ihn in einen Theil der Klagsumme verurtheilt, in Ansehung des anderen von der Klage entbindet; da sich ja der Unterrichter noch nicht darüber ausgesprochen hatte, ob das Gelingen der von ihm aufgetragenen Beweisführung völlige oder nur partielle Verurtheilung des Beklagten zur Folge haben solle [52]).

zusprechen. — Offenbar ungereimte oder solche Beweisauflagen, welche Verwirrung im Fortlaufe des Prozesses zur Folge haben müssen, darf der Oberrichter auf keinen Fall stehen lassen.

50) Bl. f. RA. Bd. I S. 190.

51) Bl. f. RA. Bd. V S. 79.

52) Mittermaier a. a. O. S. 99. — Wo freilich das angefochtene Interlokut die im Urtheilssatze oder den Motiven ausgesprochene Voraussetzung enthält, daß die Klage nach dem ganzen Betrage für rechtlich begründet zu achten, da muß auch der Oberrichter, wenn der Beklagte keine Beschwerde geführt, diese Voraussetzung seinem Urtheile zu Grunde legen; so daß hier die partielle Entbindung des Beklagten gegen das Verbot der reformatio in pejus verstoßen würde.

§. 10.

Von Renuncirung auf die Appellation [1]).

Appellation ist Ausübung eines Rechtes, auf welches der Berechtigte verzichten kann. Die Verzichtleistung auf das Berufungsrecht [1a]) kann schon bei Begründung des Rechtsverhältnisses [2]), überhaupt vor oder im Laufe des Prozesses, insbesondere nach Verkündung des Urtheils, von dessen Wirksamkeit es sich handelt, sowohl ausdrücklich als stillschweigend erklärt werden [2a]). „Für eine stillschwei„gende Renunciation soll unter anderen auch gehalten wer„den, wenn derjenige, welchem der Beweis auferlegt wird, „ohne Protestation oder Reservation entweder die Beweis„artikel" (überhaupt die Beweisantretung) „übergibt, oder „um Verlängerung des termini probatorii bittet [3])." — Wenn die Beweisantretung oder das Fristverlängerungs=

1) Linde Handb. Bd. V §. 200. Arnold in den Bl. f. RA. Bd. XI S. 289.

1a) Vom Berufungsverzicht eines Streitgenossen s. Seuffert's Archiv Bd. VIII S. 446.

2) Bl. f. RA. Bd. V S. 80. — Vgl. OAGAkt. Nr. 935 29/30.

2a) Ein Bevollmächtigter kann ohne Spezialvollmacht auf die eingereichte Berufung (oder Adhäsion) nicht verzichten, obgleich es ihm überlassen ist, die Berufung gar nicht zu ergreifen resp. nicht zu adhäriren. Vgl. Komment. Bd. II zu Kap. VII §. 9; Arnold a. a. O. S. 190; Seuffert's Archiv Bd. VI S. 132. Vgl. auch ebd. Bd. IV S. 306, 445.

3) Andere Fälle stillschweigenden Verzichtes s. in den Anmerk. zu diesem §en lit. b. — Begehung eines Attentates hat die Annahme stillschweigenden Verzichtes nicht zur Folge. Vgl. Anmerk. zum §. 8 lit. i. — Einreichung eines Gesuches um Restitution gegen die Sentenz enthält allerdings die faktische Erklärung, gegen diese Sentenz nicht appelliren zu wollen.

gesuch [3a]) erst nach Mittheilung der gegnerischen Berufung eingereicht wird, so ist nun auch die Adhäsion ausgeschlossen [4]). Wer seinerseits selbständig appellirt, verzichtet damit nicht darauf, der Berufung des Gegners noch zu adhäriren [4a]).

Nach geschehener Uebergabe der Appellationsschrift kann die Zurücknahme des nun gemeinschaftlich gewordenen Rechtsmittels von Seite des Appellanten — den Appellaten und betheiligten Dritten an Ausübung der bereits erworbenen Adhäsionsbefugniß nicht mehr verhindern [5]). Im Falle Einspruchs gegen den Verzicht hat der Oberrichter darüber verhandeln zu lassen und zu entscheiden [5a]). Wird

3a) Von einem Fristverlängerungsgesuche ist aber ein Gesuch, den Lauf der Beweisfrist wegen der gegnerischen Appellation für suspendirt anzunehmen, wohl zu unterscheiden. Bl. f. RA. Bd. X S. 232.

4) Bl. f. RA. Bd. XXI S. 494. An und für sich wird die Adhäsion weder durch ausdrückliche noch stillschweigende Verzichtleistung auf die Appellation ausgeschlossen. Wer z. B. um Exekution des Urtheils anruft, oder den aufgelegten Beweis antritt, „thut es in der Voraussetzung, daß das „Urtheil nicht weiter Gegenstand einer Appellationsverhand„lung werden soll. Sobald durch die Appellation des Geg„ners diese Voraussetzung aufgehoben ist, ... ist die Lage „seiner Rechtssache eine ganz andere geworden." Linde im Handb. Bd. V S. 254; Bl. f. RA. Bd. II S. 173, Bd. III S. 255; vgl. OAGAkt. Nr. 118 35/36, Nr. 1296 37/38, Nr. 1447 37/38, Nr. 1334 37/38 und Nr. 991 54/55. Stürzer CGB. S. 807.

4a) Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 270.

5) Nov. v. 1837 §. 68 Abs. 4.

5a) Vgl. Arnold a. a. O. S. 292: „Der Oberrichter läßt durch die erste Instanz dem Appellaten (und dem allenfalls betheiligten Dritten) den Verzicht mittheilen und ihnen er-

dieser Zwischenpunkt durch eine Entscheidung für die Wirksamkeit des Verzichts erledigt, so hört mit deren Verkündung die etwa durch die Berufung eingetretene Suspension der Beweisfrist auf [5b]).

§. 11.

Von der Appellationssentenz.

„Bei der Entscheidung des Appellationsprozesses soll „der Richter

„1) die formalia appellationis sowohl bei dieser als „der vorigen Instanz untersuchen, und wenn ein offen„barer Mangel daran befunden wird, die causam mit „Uebergehung der Hauptsache von Amtswegen sogleich „pro deserta vel non devoluta erkennen."

Unter den Förmlichkeiten [1]) der Berufung sind

öffnen, daß wenn sie binnen 30 (in den geeigneten Fällen 14) Tagen keine Einwendung dagegen vorbringen, ihre Beruhigung bei dem Verzicht angenommen und hiernach weiter verfügt werde. Kommt in der gegebenen Frist eine Einwendung gegen den Verzicht nicht ein, so zeigt das Untergericht solches an und der durch die Berufung angerufen gewesene Oberrichter verfügt nun, daß es bei dem Verzicht sein Bewenden habe. Von dieser Verfügung gibt das Untergericht den Parteien Nachricht. Kommt eine Einwendung vor, so entscheidet hierüber — allenfalls nach Gestattung von Gegen- und Schlußerklärung — der Oberrichter und wenn dieser den Verzicht für unzulässig hält, so wird damit die Entscheidung der durch die Berufung devolvirten Frage verbunden."

5b) Im Falle der Erledigung durch Einverständniß ist nöthig, daß die Beweisfrist (auf Antrag einer Partei) von Neuem festgesetzt werde. Vgl. Arnold a. a. O. S. 292–5.

1) Sowohl die Prüfung der Berufungszulässigkeit als des Daseins der Berufungssumme (weil diese sich nach dem Be-

hier das Dasein einer appellablen Entscheidung, das Vorhandensein der Berufungssumme und die Einhaltung der Nothfrist verstanden. Die Erwägung, ob der Gegenstand der Entscheidung eine Justizsache, insbesondere eine Civilprozeßsache [2]), und ob kein Mangel der Jurisdiktion und Kompetenz vorhanden sei [2a]), ist keine Besonderheit der Berufungsinstanz, sondern kommt bei jedem Akte richterlicher Thätigkeit vor. Die in erster Instanz bewirkte, rechtlich wirksame Prorogation der Gerichtsbarkeit und die bezüglich der Verwerfung einer gerichtsablehnenden Einrede eingetretenen Rechtskraft binden auch den Oberrichter [2b]).

schwerdegegenstande richtet und alles nicht mehr Streitige außer Berechnung bleibt, s. oben S. 42) ist durch Hinblick auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung und eingewandten Beschwerden bedingt. Auch bei der Beantwortung der Frage, ob die Nothfrist eingehalten oder nicht, ist ein solcher Hinblick mitunter nicht zu vermeiden; z. B. wenn Zweifel darüber obwalten, ob es sich von einem Erkenntnisse im Exekutionsverfahren handle. — Der Ausdruck Förmlichkeit wird hier in einem technischen, uneigentlichen Sinne gebraucht.

2) Von Fällen, wo der Unterrichter eine Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit ungeeignet als Civilprozeßsache behandelt hatte — s. oben §. 9 S. 127 Note 44.

2a) Nach der Natur der Sache scheint die Frage, ob kein Mangel der Jurisdiktion und Kompetenz obwalte, vor allen andern zur Entscheidung kommen zu müssen. In einem neueren Falle hat das OAG. die Beschwerdeführung wegen Mangels der Berufungssumme zurückgewiesen, ohne auf die in Betreff der Justizsache-Eigenschaft angeregten Bedenken einzugehen. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 190.

2b) Vgl. Bd. I S. 396 Note 60 und unten Komment. zu Kap. XVI §. 2, I Nr. 1. In letzterer Beziehung schwankt die OAGPraxis Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 191 f., Bd. XX S. 74* vgl.

Auch die Förmlichkeiten der vorigen Instanz sind zu untersuchen; dies bezieht sich auf Entscheidungen in der Revisions= (Oberberufungs=) Instanz, wovon unten zum §. 12 das Nähere vorkommen wird.

Bei obwaltenden Zweifeln über das Dasein der Summe oder die Einhaltung der Nothfrist sind von Amtswegen die zur Feststellung der Thatsache geeigneten Erhebungen zu pflegen. Wird auch durch diese keine Gewißheit erzielt, so ist das Rechtsmittel zuzulassen und in der Hauptsache zu sprechen [2c].

Die Prüfung hat zuerst die Appellabilität der ange=

mit Bd. XXI S. 40. Unstatthaft ist es, den oben aufgestellten Satz (bezüglich einredeweiser Beanstandung der Justizsache=Eigenschaft) auf fiskalische Prozesse zu beschränken. Die Kammer der Reichsräthe hat diese Beschränkung in den Berathungen über das Kompetenzkonflikts=Gesetz v. 1850 allerdings in Vorschlag gebracht, sie wurde aber von der Kammer der Abgeordneten als ungeeignet verworfen. Vgl. Rinecker in Dollmann's Gesetzgeb. seit Maximilian II. Thl. II S. 310—318.

2c) Ueberhaupt wird jedes Obergerichtsmitglied, welchem nicht Nummern=Erledigung zunächst am Herzen liegt, sich gerne dahin neigen, die obwaltenden Zweifel durch eine Entscheidung zu lösen, wie sie der Sachlage angemessen ist und das materielle Recht bald zum Siege führt. Noch weiter geht eine Lübecker Entscheidung in Seuffert's Archiv Bd. IV S. 305. Ungeachtet ein gegen eine prozeßleitende Auflage ergriffenes Rechtsmittel als unstatthaft erkannt worden, wurde doch in eine Prüfung der Materialien desselben eingegangen, „da beide Theile ein Erkenntniß darüber erwarten, da die Sache bereits, so viel die jetzt in Frage stehenden Punkte betrifft, vollständig instruirt ist, und da mithin die Aussetzung der Entscheidung nur eine Verzögerung des Prozesses zur Folge gehabt haben würde."

fochtenen Entscheidung (Berufungszulässigkeit in Sinne des §. 51 resp. 54 der Novelle von 1837), hiernächst das Dasein der Berufungssumme, und darauf die Einhaltung der Nothfrist in's Auge zu fassen [3]). Fehlt es an der Appellabilität, so kommt es nicht auf die beiden andern Momente, fehlt es an der Summe, so kommt es nicht auf die Rechtzeitigkeit an. Wenn jedoch über das Vorhandensein der Berufungssumme noch weitere Nachforschungen erforderlich wären, hingegen die Nichteinhaltung der Nothfrist in die Augen springt, so ist die Berufung als desert ohne weiteres zurückzuweisen, hiebei aber der Zweifelhaftigkeit der Berufungssumme in den Motiven Erwähnung zu thun [4]).

Da Desertionserkenntnisse erfolgen, ohne daß der Appellant über die Thatsache der Versäumniß gehört worden [5]), so können dieselben, wenn im Wege der Remonstration das Nichtsein dieser Thatsache gezeigt wird, von demselben Richter zurückgenommen werden [5a]).

3) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 158. Vgl. OAGAkt. Nr. 1124 39/40. Seuffert's Archiv Bd. II S. 303.

4) Um im Falle der Anfechtung des Desertionserkenntnisses im Wege der Remonstration oder Restitution auf die Frage der Berufungssumme zurückkommen zu können.

5) Ist eine Erhebung darüber gepflogen, und hiebei der Appellant gehört worden, so kommt obiger Satz nicht zur Anwendung.

5a) Bl. f. RA. Bd. VI S. 72, Bd. VII S. 289. Vgl. Komm. Bd. III S. 431—3. Da übrigens obiger Lehrsatz, obwohl mehrfach vom OAG. anerkannt (Bl. f. RA. Bd. X S. 67, Bd. XI S. 251), zur Zeit die Gewähr einer allgemeinen Praxis nicht für sich hat, so ist jedem Anwalt anzurathen, vorsorglich nebst der Remonstration auch die Appellation, wo sie zulässig, oder die Restitution rechtzeitig zu ergreifen. Vgl. ebd. Bd. X S. 190.

2) Ist in der Hauptsache selbst zu sprechen, so wird „dem rechtlichen Befund nach[6]) die sententia a qua „entweder zum Theile oder ganz bestätiget, reformirt oder „erklärt."

Wie die Befugniß des Oberrichters, zu reformiren, durch den Umfang der erhobenen Beschwerden und das Verbot der ref. in pejus begränzt sei, ist in §. 9 erörtert worden. Im Zweifel, ob eine der Sachlage angemessene abändernde Entscheidung innerhalb oder außer dieser Gränze liege, ist der Ausschlag für deren Statthaftigkeit zu geben, indem es das Gesetz als leitenden Grundsatz aufstellt, daß der Oberrichter sein Urtheil dem rechtlichen Befund nach spreche. Ob sich die erhobene Beschwerde aus den in der Berufungsschrift vorgetragenen, oder aus andern aktenmäßigen Gründen[7]) rechtfertigt, macht keinen Unterschied[7a]). Dasselbe muß auch im umgekehrten Falle gelten.

6) Wie er sich aus den Verhandlungen dieser und der vorigen Instanzen darstellt. In Ansehung der in den höheren Instanzen vorkommenden besseren Erklärung und Ausführung des früher Verhandelten — s. oben S. 84 Note 60 (st. „Appellant" l. „Appellat") und Arg. §. 19, 21 der Nov. von 1837.

7) Z. B. aus nicht vorgebrachten Einreden, welche sich nach GO. VI §. 9 zur Supplirung eignen. Man kann nicht sagen, daß der Oberrichter die Einrede deßwegen nicht suppliren dürfe, weil Appellant über die Nichtsupplirung von Seite des Unterrichters keine Beschwerde geführt hat, und die Kognition des Oberrichters durch das Maß der eingewandten Beschwerden beschränkt sei. Nicht von einer unterlassenen Beschwerde handelt es sich, sondern nur von Unterlassung der Aufstellung eines Beschwerdegrundes, indem ja vorausgesetzt wird, daß die zu supplirende Einrede dazu diene, eine wirklich erhobene Beschwerde zu rechtfertigen.

7a) Bl. f. RA. Bd. XI S. 143; Seuffert's Archiv Bd. IV S. 306.

Es macht keinen Unterschied, ob der Ungrund der erhobenen Beschwerde aus den zur Motivirung des vorigen Urtheils angeführten, oder aus andern aktenmäßigen Gründen erhellt [7b]). Nur auf diejenigen Klagfundamente, Einreden u. s. w. darf der Oberrichter keine Rücksicht nehmen, welche in dem beschwerenden Erkenntnisse geprüft und verworfen, und in der höhern Instanz nicht weiter geltend gemacht sind [7c]). — Zu Modifikationen des vorigen Urtheils, welche sich zur Berichtigung eines Versehens im Ausdruck, zur Aufhellung von Dunkelheiten, zur Beseitigung von Mißverständnissen und Verwirrungen als nothwendig darstellen, ist der Oberichter unbedingt befugt [7d]). Er darf es nicht geschehen lassen, daß sich, in Folge eines ungeschickt abgefaßten unterrichterlichen Interlokutes ein krankhaftes Verfahren in unvermeidlichen Schwierigkeiten und Verwicklungen fortschleppe. — Nach dem rechtlichen Befunde hat der Oberrichter zu erkennen, ohne daß ihm zur Pflicht gemacht wäre, sich außer der Beachtung der Devolutions-Gränzen (§. 9), auch in der Art und Weise der zu gewährenden Abhülfe durch die Anträge des Appellanten beengen zu lassen [8]).

7b) Bl. f. RA. Bd. X S. 250.

7c) Seuffert's Archiv Bd. III S. 139. Hiebei wird jedoch vorausgesetzt, daß diejenige Partei, deren Klagfundamente, Einreden u. s. w. verworfen worden, in der Lage war, Beschwerde führen zu können. Dies ist nicht der Fall, wenn sie nach dem Gesammtresultate der Sachprüfung des vorigen Richters, wenn sie in den Dispositivworten des Erkenntnisses nicht beschwert war. Vgl. oben S. 3, 4 Note 2. Bl. f. RA. Bd. X S. 250.

7d) Ebd. Bd. VII S. 336, Bd. XX S. 320.

8) S. oben S. 113 Note 8, und S. 128 Note 49. Seuffert's Archiv Bd. V S. 302.

Die Urtheilsform der „Bestätigung" ist in denjenigen Fällen ungeeignet, in welchen der Oberrichter zu dem Resultate kommt, daß zwar das angefochtene Urtheil den Rechten nicht gemäß, aber nicht der Appellant beschwert sei [9]). Hier hat man sich der Formel der „Abweisung der Beschwerde" zu bedienen, welche auch bei grundlosen Extrajudizialbeschwerden [10]) und da gebraucht wird, wo die Zurückweisung wegen Mangels der Appellabilität oder Berufungssumme, oder wegen Versäumniß der Nothfrist geschieht.

3) Die „Rechte, Gewohnheiten und Freiheiten," welche nach den Vorschriften der GO. XIV §. 7 Nr. 7 und den in Bd. I S. 302—339 erörterten Grundsätzen für das in Frage befindliche Rechtsverhältniß gelten, hat auch das Obergericht in Anwendung zu bringen; auf die am Sitze desselben bestehenden materiellen Gesetze kommt es nicht an. Hat der Unterrichter nach einer unrechten Gesetzgebung geurtheilt, und legen auch beide Parteien dieselbe ihren Ausführungen zu Grunde, so darf sich der Oberrichter dadurch nicht abhalten lassen, die seiner Ansicht nach für das vorliegende Rechtsverhältniß zur Richtschnur dienenden Gesetze in Anwendung zu bringen. Nur in solchen Fällen, wo die über die anzuwendende Gesetzgebung obwaltenden Zweifel keine befriedigende Lösung finden, ist es angemessen, nach derjenigen zu urtheilen, welche sämmtliche Interessenten als die zur Richtschnur dienende anerkennen.

9) Hätte die Klage definitiv abgewiesen werden sollen, so ist der Kläger durch das Interlokut, es mag lauten wie es will, nicht beschwert.

10) Bei solchen sollte man sich der Urtheils-Form nicht bedienen; indem Eintritt von Rechtskraft hier nicht stattfindet.

4) „Wird mit der Verfassung der Appellationssentenz „ebenso, wie mit der sententia a qua verfahren." Vgl. Komment. Bd. III S. 442—460.

5) Nach erfolgtem Appellationsbescheide sind sämmt„liche Akten mit dem Erkenntnisse an das nächste judicium „a quo, und von dort allenfalls weiter an die erste In„stanz zu remittiren. Die Publikation des Appellations„bescheides ist ebenfalls in 1ma instantia vorzunehmen [11])."

6) Wenn sich die Appellation als muthwillig, als Mittel rechtswidrigen Sachverschleifs darstellt, „so soll „weder die appellirende Partei selbst, noch der dabei ge„brauchte Advokat dießfalls ungestraft bleiben [12])." Natürlich wird dabei vorausgesetzt, daß, wenn auch die Partei gestraft werden soll, eine Schuld derselben vorliege. Ergiebt sich der Muthwille nur aus dem offenbaren Widerstreite mit positiven Gesetzen, so kann wohl meistens die rechtsunkundige Partei kein Vorwurf treffen. Auch ist zu erwägen, daß in vielen Fällen der Advokat ein Rechtsmittel ergreift, ohne nur mit der Partei darüber Rücksprache zu nehmen. — Für Bestrafungen der Advokaten wegen muthwilliger Appellation, welche nach Vorschrift der hier ins Auge gefaßten Stelle der GO. verhängt werden, kommen

11) Der Zusatz der GO.: „außer in casu reformatoriae sententiae, in welchem Falle es in des höheren Richters Ermessen steht, ob er seinen Bescheid selbst publiziren wolle, oder nicht" gilt nicht mehr. Resk. vom 17. Juni 1821 (Moritz Nov. IV S. 199).

12) In Ansehung der Bestrafung des Advokaten vgl. die Disziplinarvorschriften von 1813 Nr. 10. — S. Komment. Bd. I S. 355 f., 363 f. Die Berufung auf ausdrücklichen Auftrag des Mandanten überhebt den Advokaten der Frivolitätsstrafe nicht. Bl. f. RA. Bd. XII S. 153.

die in Bd. I S. 367 vorgetragenen Grundsätze zur Anwendung.

Eine spezielle Vorschrift [13]) enthält die Novelle von 1837 §. 65:

„Berufungen, welche wider die Vorschriften der §§. 54, „57 und 64 ergriffen, und deßhalb abgewiesen wer„den, sind, nebst der Verurtheilung des Appellanten „in die Kosten mit einer Geldstrafe von 10—50 fl. „zu ahnden.“

Dieser Bestimmung zufolge wird

a) bei einer gegen die Vorschriften der §§. 54, 57 und 64 des neuesten Prozeßgesetzes ergriffenen [14]) Appellation vermuthet, daß ihr strafbarer Muthwille zu Grunde liege. Die gesetzliche Vermuthung tritt aber — zufolge der bei der ständischen Berathung des Gesetzes von dem kgl. Justizminister gegebenen Erläuterung [15]) — in den Hintergrund und die Anwendung der in §. 65 gedrohten Strafe fällt weg, wenn die Statthaftigkeit oder Un-

13) Auf alle Fälle, die nicht unter diese spezielle Vorschrift passen, sind die Bestimmungen der GO. und der Disziplinarverordnung von 1813 Nr. 10 die auch noch heutzutage geltende Norm. — Verspätung der Adhäsion gegen die Vorschrift des §. 68 der Novelle oder Adhäsion bei mangelnder Summe fällt nicht unter die Strafbestimmung des §. 65 Abs. 2. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 256. S. jedoch abw. OAGE. ebd. Bd. XVI S. 239.

14) Wurde die unzulässige Berufung in Verbindung mit einer zulässigen ergriffen, so ist der Fall des Gesetzes nicht gegeben. Die Appellation im Ganzen ist hier nicht gegen die gesetzlichen Vorschriften ergriffen. (Die Praxis des OAG. hierüber ist ungleichförmig).

15) Verh. der K. d. Abg. Bd. XX S. 270—77. Bl. f. RA. Bd. VI S. 34.

statthaftigkeit, beziehungsweise die Rechtzeitigkeit oder Desertion der Appellation im gegebnen Falle sich als zweifelhaft darstellt [16]), oder wenn es offenbar oder auch nur wahrscheinlich ist, daß die Berufung gegen die Bestimmungen der §§. 54, 57 resp. 64 bloß aus entschuldbarem Irrthum eingewendet worden [17]).

b) Da es sich von einer Strafe handelt, so hat die Verhängung gegen den schuldigen Theil zu ge-

16) Es sollte nie auf die Strafe erkannt werden, wenn im Kollegium über die Frage der Unstatthaftigkeit der Appellation Verschiedenheit der Stimmen stattfindet.

17) So insbesondere in Fällen, wo sich der Mangel der Berufungssumme erst durch Schätzung herausgestellt hat; oder wo die rechtsunkundige Partei ihre Berufung zu Protokoll gab, ohne vom Richter über die Unzulässigkeit und die Strafandrohung des §. 65 belehrt zu werden. OAGAkt. Nr. 1116$^{11}/_{12}$. Vgl. auch OAGE. v. 27. Sept. 1852 (Nr. 733$^{51}/_{52}$) in Arends Samml. Bd. IV S. 137: „Die Bestimmung des §. 65 setzt als prozessualisches Strafgesetz eine Verschuldung voraus, es soll der Streitmuthwille, wenn er als vorhanden befunden wird, mit der festgesetzten Strafe beahndet werden. Wenn nun erwogen wird, daß Advokat A. für die Zulässigkeit seiner Berufung in conventione doktrinelle Ausführungen und selbst Entscheidungen der Obergerichte beibrachte, wodurch er deren Statthaftigkeit zu begründen hoffte, so kann ihm, wenn auch die konstante Praxis der Gerichtshöfe in neuerer Zeit sich gegentheilig ausgesprochen hat, ein Verschulden oder ein Streitsmuthwille nicht zur Last gelegt, daher die erkannte Strafe aufzuheben war." — In der Rechtssache Nr. 395$^{12}/_{13}$ hat das OAG. angenommen, daß die in §. 65 gedrohte Strafe gegen Armen-Anwälte nicht zu verhängen sei. Eben so in Nr. 1657$^{11}/_{12}$. Indessen ist diese Milde in der Praxis keineswegs vorherrschend.

schehen [18]). Als solcher ist, wo die Partei durch einen Anwalt vertreten wird, in der Regel dieser zu betrachten; denn des rechtskundigen Beistands Sache ist es, die gesetzlichen Appellationserfordernisse zu beachten und einzuhalten, und zu Ergreifung unzulässiger Rechtsmittel nicht die Hand zu bieten [18a]). Wenn jedoch vorliegt, daß die Schuld, z. B. der Verspätung der Appellation die Partei trifft, indem die Berufungsschrift von dem Anwalt seinem Klienten zum Zwecke der unverweilten Einreichung noch rechtzeitig übergeben war, so hat man die Strafe gegen den Klienten, nicht gegen den Anwalt auszusprechen [19]). Wo beide, Klient und Anwalt, als schuldig erkannt werden, scheint auch Verhängung der Strafe gegen Beide im Sinne der gesetzlichen Vorschrift zu liegen [20]). Der oberste Gerichtshof hat jedoch in dem Plenarbeschlusse vom 25. Januar 1844 die Ansicht ausgesprochen, daß die im §. 65 gedrohte Strafe, wenn sie gegen die Partei verhängt wird, nicht zugleich den Anwalt treffen könne. Indessen ist es dadurch nicht ausgeschlossen, gegen den Anwalt in solchem Falle, wegen bezeigten strafbaren Muthwillens, in Anwendung der Vorschriften der Gerichtsordnung und der Disziplinarvorschriften von 1813, strafend einzuschreiten.

c) Bei Abweisung von Extrajudizialbeschwerden

18) Plenarbeschluß des OAG. vom 25. Januar 1844 Regbl. S. 113 (Motive Nr. 3); Bl. f. RA. Bd. VIII S. 277.

18a) Ohne daß ausdrücklicher Auftrag des Mandanten ihn entschuldigt. Bl. f. RA. Bd. XII S. 32.

19) Motive des angef. OAGPlB. Nr. 4. — Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 35—6; Bd. VII S. 300; Bd. VIII S. 113, 205, 277.

20) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 205.

kommt der §. 65 Abs. 2 nicht zur Anwendung [20a]). Es kann jedoch der Vollzug dieser Srafandrohung nicht dadurch umgangen werden, daß die unzulässige oder verspätete Berufung als Extrajudizialbeschwerde, Nichtigkeitsquerel, Beschwerde wegen verweigerter oder verzögerter Justiz rubrizirt wird [21]).

d) Die Verhängung der in §. 65 gedrohten Strafe gegen einen Anwalt ist, bei Ueberschreitung des Betrags von 10 fl., durch Abforderung einer Verantwortung nicht bedingt [22]).

e) Gegen Verhängung der in §. 65 gedrohten Strafe von Seite eines Gerichts zweiter Instanz findet Rekurs an den obersten Gerichtshof statt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob in der Hauptsache selbst Beschwerde erhoben wird resp. erhoben werden kann [23]). Uebrigens kann die ohne vorgängige Verantwortung erkannte Strafe auch von dem Gerichte, welches sie verhängte, auf Remonstration zurückgenommen werden.

7) Ein obsiegliches Appellationserkenntniß soll sowohl dem Appellanten als allen übrigen nicht appellirenden Streitgenossen, welche sich der Appellation nicht ausdrücklich begeben haben, soweit zu Gute kommen, als sie eine

20a) Arends Samml. Bd. III S. 425.

21) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 240. Vgl. indessen Arends a. a. O. Läßt sich annehmen, daß die Bezeichnung als Extrajudizialbeschwerde auf einem Irrthum beruht, so findet die Verhängung der Strafe nicht statt.

22) Ebd. Bd. XII S. 95*. Die oberstrichterliche Praxis war jedoch in Ansehung dieser Frage nicht immer gleichförmig.

23) Vgl. OAGE. vom 18. Okt. 1842 Nr. $985^{39}/_{40}$ und vom 25. Sept. 1843 Nr. $1136^{12}/_{13}$, Bl. f. RA. Bd. VI S. 35, Bd. IX S. 112, 220.

untheilbare oder wenigstens gemeinschaftliche Sache haben, und zwar im letzten Falle gleiche [24]), oder noch stärkere [25]) Gründe für sich haben. — Was aber Streitgenossen andrer Art oder dritte Personen betrifft, so gelten über die Erstreckung der Wirksamkeit eines Appellations=Erkenntnisses auf dieselben die zu Kap. XIV §. 11 in Bd. III S. 476—480 vorgetragnen Grundsätze.

Ueber die Frage, ob ein auf die gegnerische Adhäsion zum Nachtheile des Appellanten abänderndes Erkenntniß auch den Streitgenossen desselben, welche nicht mit appellirten, zum Schaden gereiche, — hat sich die Gerichtsordnung nicht ausgesprochen. Nach der allgemeinen Rechtsregel:

„alienam conditionem meliorem quidem etiam „ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem „non posse“ [26]) —

ist die Frage zu verneinen [27]).

§. 12.

Von der Revision.

„Zwischen der Appellation und Revision (Berufung „von der zweiten zur dritten Instanz, Oberberufung) soll „wie bisher, also auch noch ferner kein Unterschied, son=

24) Wenn der eine Streitgenosse einen zuerkannten Eid geleistet, der andere denselben refusirt hat, und nun Jener in der Berufungsinstanz wegen des von ihm geleisteten Eides obsiegt, so kommt dies dem anderen Streitgenossen nicht zu Gute.

25) Z. B. außer dem Rechtsgrunde, welcher dem Appellanten zum Sieg verholfen, noch ein besonderes Versprechen des Gegners.

26) Fr. 39 de neg. gestis (3, 5); Fr. 74 de reg. jur.

27) Stürzer CRB. S. 812.

„dern sowohl der Fatalien wegen, als sonst allenthalben „eine durchgängige Gleichheit sein [1]).“

Da die Revision nur eine Art der Berufung ist, so kommen natürlich die von Berufungen überhaupt geltenden Rechtssätze (§§. 1—11) auch bei ihr zur Anwendung. Indessen giebt es für diese Art der Berufung, nach neueren Gesetzen, auch besondre Bestimmungen, und in manchen Beziehungen entstehen über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze eigenthümliche Zweifelsfragen.

I.

Unterschied der Revision von der Appellation gegen ein obergerichtliches Urtheil erster Instanz.

Wenn das Obergericht eine Berufung wegen Mangels in den Berufungsförmlichkeiten zurückgewiesen hat, und gegen diese Zurückweisung Beschwerde, an den obersten Gerichtshof geführt wird, so ist dies Berufung, nicht Revision (Oberberufung) [2]). Ueber das Dasein der Berufungssumme in Bezug auf die gegen das Untergericht bei dem Obergerichte geführte Beschwerde, über die Einhaltung der Nothfrist bei der Berufung von jenem an dieses — hatte das Untergericht keine Kognition, der Oberrichter erkennt

1) Nach gemeinem Rechte ist die Revision ein ordentliches Rechtsmittel ohne Devolutivkraft. S. Martin's Lehrbuch §. 275 not. d und §. 293, und Bayer's Vorträge zu diesen §en (ed. VIII §. 327).

2) Wegen der Verschiedenheit der Berufungs- und Revisions-Summe ist dieser Gegensatz bedeutungsvoll.

darüber in erster Instanz [2a]). Wenn nun gegen den oberrichterlichen Ausspruch in solchem Betreffe ein ordentliches Rechtsmittel an den obersten Gerichtshof ergriffen wird, so wird dieser nicht als dritte Instanz angegangen [3]). Eben so verhält es sich, wenn der Oberrichter eine Berufung auf dem Grunde des §. 51 der Novelle von 1837 als unzulässig zurückweist. Zwar liegt es schon in der Kompetenz des Unterrichters, die Zulässigkeitsfrage zu prüfen und die Zurückweisung wegen Unzulässigkeit auszusprechen [4]). Wenn aber der Unterrichter einen solchen Ausspruch nicht erlassen, sondern nach gepflogner Instruktion die Akten vorgelegt hat, so urtheilt der Oberrichter über die bezeichnete Vorfrage in erster Instanz und

2a) Verschieden davon ist der Fall, wenn eine Berufung deßwegen abgewiesen wird, weil in der Berufungsschrift kein entsprechender Antrag gestellt, die Bezeichnung der Beschwerde der erforderlichen Deutlichkeit oder Spezialisirung ermangelte (s. oben §. 5, I). Das ist ein Ausspruch II. Instanz. OAGE. v. 21. Januar 1854 (Nr. $174^{53}/_{54}$).

3) Vgl. den Plenarbeschluß vom 13. Dez. 1838 (Regbl. 1839 S. 7—14). Hat das Obergericht die gegen die formelle Zulässigkeit der Berufung erhobenen Bedenken für unerheblich erachtet, und demzufolge in der Hauptsache erkannt, so soll die Beschwerde, welche hiegegen lediglich aus gegen die Zulassung in II. Instanz gerichteten Gründen geführt wird, als Revision angesehen werden. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 285. Dies läßt sich allerdings mit der Rechtsgleichheit unter den Parteien nicht wohl vereinigen.

4) Wenn er nämlich die Unzulässigkeit für zweifellos erachtet. In Fällen, in welchen er die Sache für zweifelhaft, oder die Zulässigkeit für unbedenklich hält, hat er sich eines Ausspruchs über diese Frage zu enthalten, und die Entscheidung dem Oberrichter anheimzustellen.

eine Beschwerdeführung dagegen an den obersten Gerichtshof, so weit sie zulässig S. 65, ist nicht Revision.

Von anderer Beschaffenheit scheint der Fall, wenn der Oberrichter in einer vom Unterrichter ohne Beanstandung seiner Jurisdiktion oder der Eigenschaft einer Justizsache materiell beurtheilten Streitsache auf ergriffene Berufung ausspricht, die Klage sei, weil keine Justizsache oder weil ein Jurisdiktionsmangel vorhanden, hierorts abzuweisen. Denn da der Unterrichter, indem er die Sache materiell beurtheilte, sich faktisch auch über jene Vorbedingungen der materiellen Beurtheilung ausgesprochen, nämlich die Sache für eine Justizsache und zu seiner Jurisdiktion gehörig erklärt hat, so möchte man dafürhalten, jener oberrichterliche Ausspruch sei in zweiter Instanz ergangen[5]). Demungeachtet ist das Gegentheil anzunehmen, weil die Nichtbeanstandung seiner Jurisdiktion oder der Eigenschaft einer Justizsache von Seite des Unterrichters nicht die Wirksamkeit eines Ausspruchs hat, aus welchem durch Unterlassung der Berufung dagegen unmittelbar Rechtskraft über diese Frage erwachsen könnte; indem hier der Oberrichter, ohne durch Berufung einer Partei über diesen Punkt veranlaßt zu sein, denselben von Amtswegen zu prüfen hat. Die nach dem Ergebnisse dieser Prüfung ausgesprochene Klagabweisung ist ein Erkenntniß erster Instanz; ein zum Erwachsen in Rechtskraft über die Vorfrage geeigneter Ausspruch der Vorinstanz lag ja nicht vor.

Häufig kommt es in Anwendung der oben S. 115 dargelegten Grundsätze vor, daß der Oberrichter über Streitpunkte erkennt, worüber sich im Urtheile des Unter-

5) Bl. f. RA. Bd. V S. 47 Nr. 7.

gerichts ein Ausspruch nicht findet. Da aber die oberrichterlichen Erkenntnisse dieser Kategorie durch die Devolutivkraft des Rechtsmittels der Berufung hervorgerufen werden, so sind sie als Berufungsurtheile zu betrachten, folglich das dagegen ergriffene ordentliche Rechtsmittel als Revision [5a]).

Revision suchen kann sowohl der Appellant, wenn seine in zweiter Instanz geführten Beschwerden keinen oder nicht vollständigen Erfolg oder gar auf Adhäsion des Gegners eine Verschlimmerung zur Folge hatten; als auch der Appellat, wenn vom zweiten Richter zu seinem Nachtheil reformirt, oder seinen Adhäsionsbeschwerden nicht oder nicht vollständig entsprochen worden. Wegen Verletzungen durch das erstrichterliche Urtheil, über welche in zweiter Instanz weder ausdrücklich noch folgeweise [5b]) Beschwerde geführt war, findet Abhülfe im Wege der Revision nicht statt [6]).

5a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 454. (Fall, in welchem das Untergericht das Erkenntniß über die Kosten aufgeschoben, das Obergericht einen Theil zum Kostenersatze verurtheilt hat).

5b) D. h. auch nicht dergestalt, daß die fragliche Beschwerde nach den Regeln von der Devolutivkraft (s. oben S. 112 f.) als eventuell erhoben angesehen werden konnte.

6) Vgl. OAGAkt. Nr. $987^{39}/_{10}$. Vorausgesetzt, daß Revident zur zweiten Instanz Beschwerde führen konnte, was nicht der Fall, wenn das erste Urtheil im Resultate ihn nicht beschwerte. S. oben S. 29; OAGAkt. $1640^{11}/_{42}$. Verbesserungen der Urtheilsfassung, zur Abschneidung von Mißverständnissen und Verwirrungen, kann der oberste Richter vornehmen, wenn sie gleich nicht schon in zweiter Instanz beantragt waren. Bl. f. RA. Bd. XX S. 320. Was überhaupt ein jeder Richter von Amtswegen zu beachten und

II.

Gleichförmigkeit oder Ungleichförmigkeit der beiden ersten Urtheile.

Sowohl in Betreff der Revisionszulässigkeit als der Revisionssumme ist der Umstand von Einfluß, ob die Urtheile der beiden ersten Instanzen übereinstimmen oder von einander abweichen. Hierüber gelten folgende allgemeine Grundsätze [7]:

a) die Frage, ob die vorigen Urtheile übereinstimmen oder von einander abweichen, setzt voraus, daß von beiden Vorinstanzen über den fraglichen Streitgegenstand wirklich erkannt worden [7a]. Dieselbe kann gar nicht vorkommen in Ansehung einer Entscheidungsaufgabe, von welcher vorliegt, daß sie von einem der beiden Gerichte übersehen worden ist. — Dagegen ist kein Unterschied zwischen einer ausdrücklich und einer stillschweigend (faktisch, implicite) erklärten Entscheidung [8]), und eine Entscheidung liegt auch in dem Beschlusse, daß es auf einen gewissen Punkt nicht ankomme.

zu bewerkstelligen hat, hängt auch in der dritten Instanz nicht von rechtzeitiger Anregung durch die Parteien ab. S. oben S. 127.

7) Heise und Cropp jurist. Abh. Bd. II S. 183 ff.

7a) Nicht selten kommen in den Entscheidungsgründen Bemerkungen über Punkte vor, deren Entscheidung durch die Sachlage nicht gefordert ist. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 256.

8) Von stillschweigender Verwerfung der Einreden s. Bd. III S. 446. — Wenn der Richter 500 zuerkennt, während Kläger 1000 gefordert hat, so sind die anderen 500 stillschweigend aberkannt.

b) Der Gegensatz der gleichförmigen und ungleichförmigen Urtheile bezieht sich auf das Verhältniß zwischen einem in erster, und dem anderen in der Berufungs-Instanz ergangenen Erkenntnisse. Wurde das Urtheil erster Instanz bei dem Obergerichte als (unheilbar) nichtig angefochten, diese Nichtigkeitsklage aber abgewiesen, so kann gleichwohl von Gleichförmigkeit der beiden Urtheile nicht gesprochen werden [9]).

c) Nicht darauf kommt es an, ob der Berufungs-Richter sein Urtheil als ein bestätigendes resp. abänderndes bezeichnet hat, sondern darauf, ob der Inhalt des zweitrichterlichen Erkenntnisses zu dem erstrichterlichen in dem Verhältnisse der Bestätigung oder Abänderung stehe. Wenn es in dem oberrichterlichen Erkenntnisse heißt:

„das vorige Urtheil wird dahin bestätigt, daß Kläger nebst den darin zum Beweise ausgesetzten Thatsachen A und B auch noch die Thatsache C zu beweisen habe."

so ist, des Ausdrucks Bestätigung ungeachtet ein ungleichförmiges Urtheil zweiter Instanz ergangen. Wenn aber der Oberrichter nur mit anderen Worten ganz dasselbe verfügt, was im ersten Urtheile enthalten ist, so ist Gleichförmigkeit vorhanden, mag gleich in dem Urtheil zweiter Instanz die blos in der Fassung vorgenommene Modifikation ausdrücklich „Abänderung" getauft sein [9a]).

d) Wurde die Berufung vom Oberrichter aus formellen Gründen zurückgewiesen, so kann von Gleichförmigkeit der Erkenntnisse nicht gesprochen werden. Vielmehr

9) Vgl. OAGAkt. Nr. 1396 38/39.

9a) Bl. f. RA. Bd. XV S. 300.

hat hier der Oberrichter über die Berufungsförmlichkeiten in erster Instanz erkannt[10]).

e) Die Frage, ob die beiden Urtheile für gleichförmig oder ungleichförmig zu achten, bestimmt sich nach dem in dem Urtheilssatze ausgesprochenen Resultate, nicht nach den Erwägungen, aus welchen dieses Resultat hervorging[11]). Wenn eine Klage in erster Instanz wegen Mangels der Begründung abgewiesen, und diese Abweisung in zweiter Instanz auf dem Grunde einer Einrede bestätigt wurde, so ist Gleichförmigkeit der Erkenntnisse vorhanden. Nur wo die beiden Gerichte ganz verschiedene Wirkungen beabsichtigen, kann dies nicht angenommen werden; z. B. wenn die erste Instanz wegen Mangelhaftigkeit der Legitimation, die zweite wegen Mangels der Jurisdiktion abgewiesen hat. In der That ist hier der Inhalt des zweiten Urtheils von dem des ersten wesentlich verschieden; daß der Oberrichter den Ausdruck „Bestätigung" brauchte, ist unerheblich.

Auf der anderen Seite wird, bei vorhandener Ungleichheit des Resultates, das Gericht dritter Instanz durch die Uebereinstimmung der beiden ersten Instanzen in Beurtheilung einzelner Prämissen nicht gehindert, diese in wiederholte Erwägung zu ziehen[12]).

10) S. oben S 45. Bl. f. RA. Bd. XV S. 92. Mitunter weicht die Praxis ab. Bl. f. RA. Bd. XX S. 282.

11) Ebd. S. 48*. Daher kommt es auch nicht darauf an, daß etwa in der Berufungsinstanz Nova zu berücksichtigen waren. Vgl. jedoch ebd. S. 192.

12) Wenn die erste Instanz unter Verwerfung zweier Einreden den Beklagten verurtheilt, die zweite Instanz eine der Einreden (in den Motiven) gleichfalls für unbegründet erklärt, die andere aber zum Beweise ausgesetzt hat, so ist, wenn

f) Unsere Gesetze beschränken die Revision bei gleichlautenden Erkenntnissen [13]), oder, wie der §. 54 der Novelle von 1837 sagt, bei zwei in der Hauptsache gleichförmigen Erkenntnissen [14]); sie sagen nicht bei gleichförmiger Entscheidung einzelner Streitpunkte oder über bestimmte Theile des Streitgegenstandes. Daher ist bei Beantwortung der Frage, ob gleichförmige oder ungleichförmige Erkenntnisse der Vorinstanzen vorliegen, der Inhalt eines jeden der beiden Urtheile, soweit darüber an den obersten Gerichtshof Beschwerde geführt wird, als ein Ganzes aufzufassen, und die Ungleichförmigkeit überall anzunehmen, wo dieselben (abgesehen von dem Kostenpunkte) auch nur in einem der in der Beschwerdeführung begriffenen Punkte, oder auch nur über einen Theil des Beschwerdegegenstandes von einander abweichen [15]). Es geht nicht an, die Zulässigkeit der Beschwerdeführung über einzelne Beschwerdepnnkte oder

die Sache überhaupt bei der Ungleichheit des Resultates zur Revision geeignet, der Beklagte nicht gehindert, auch die in zwei Instanzen gleichförmig verworfene Einrede in der dritten Instanz geltend zu machen. Vgl. hierüber Seuffert's Archiv Bd. III S. 255 f.

13) Landtagsabschied von 1831, III, 8

14) Wenn der erste Richter auf den von einer Partei zu leistenden Haupteid erkannt, der zweite derselben Partei, statt des Haupteides, den Reinigungseid aufgetragen hat, so kann man nicht sagen, daß die beiden Erkenntnisse gleichförmig seien.

15) OAGBeschluß vom 21. Aug. 1843 Nr. $387^{39}/_{10}$. Ohnehin ist es Grundsatz, daß für gleichförmig entschiedene Punkte die sonst anwendbare Regel der Revisions-Unzulässigkeit wegfällt, wenn sie mit ungleichförmig entschiedenen in wesentlicher Konnexität stehen. Bl. f. RA. Bd. XX S. 80.

über Theile des Beschwerdegegenstandes von ungleichförmiger Entscheidung der Vorinstanzen über jeden der einzelnen Punkte oder Bestandtheile abhängig zu machen[16]). Nur wo die Beschwerdeführung verschiedene, nicht einerlei Ursprung habende Streitsachen[17]) betrifft, ist die Frage, ob in den Vorinstanzen gleich- oder ungleichförmig erkannt worden, für jede derselben gesondert zu stellen[18]).

g) Stimmen die vorigen Urtheile in den Streitpunkten und Streitgegenstandstheilen überein, auf welche die Beschwerdeführung beschränkt ist[19]), so steht es der Annahme der Gleichförmigkeit nicht im Wege, daß in anderen Punkten oder Theilen, welche außer der Sphäre der Beschwerdeführung liegen, ungleichförmig erkannt worden ist[20]). Es war eine bestrittene Frage, ob (in Bezug auf Revisionszulässigkeit) Gleichförmigkeit der Entscheidungen anzunehmen sei, wenn der erste Richter auf definitive Abweisung der Klage, der zweite auf Abweisung in angebrachter Art erkannt hat[21]). Der Plenarbeschluß des

16) So wie bei Berufungen von der ersten an die zweite Instanz die mehreren Streitpunkte resp. die mehreren aus derselben Quelle fließenden Streitposten als ein Ganzes aufzufassen sind, so muß auch, wo es sich von Berechnung der Revisionssumme handelt, die gleiche Zusammenfassung eintreten.

17) Oder theils die Vorklage, theils die Wiederklage.

18) Vgl. §. 62 der Nov. von 1837.

19) Vgl. oben §. 11 Note 1.

20) S. jedoch oben Note 15.

21) In dem Falle, wenn der erste Richter angebrachtermaßen, der zweite (auf beiderseitige Appellation) definitiv abgewiesen hat, und nun der Kläger revidirt, unterliegt die Annahme der Ungleichförmigkeit keinem Bedenken.

OAG. vom 8. Mai 1844 (Reg.Bl. S. 576–583) hat für die Verneinung entschieden.

h) Haben die Vorinstanzen eine Streitfrage ungleichförmig entschieden, z. B. der erste Richter dem Kläger, der zweite dem Beklagten den Beweis einer gewissen Thatsache aufgelegt, so kann man nicht sagen, es liege nun gleichförmige Entscheidung darüber vor, daß nicht auf ein Drittes, z. B. definitive Verurtheilung oder Entbindung zu erkennen sei[22]).

III.

Revisionszulässigkeit[22a]).

Die Appellation an die dritte Instanz findet gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse in folgenden Fällen nicht statt[23]):

1) gegen die in §. 52 Nr. 1—3, dann 7 und 8 benannten Erkenntnisse, nämlich

a) Bescheide, welche von der Gerichtsschwelle abweisen[24]);

22) Bl. f. RA. Bd. IX S. 413. Es genügt daher, auch wenn Revident ein Drittes beantragt, die bei ungleichförmigen Erkenntnissen erforderliche Revisionssumme. S. OAGAkt. Nr. 250¹⁰/₁₁. — Heise und Cropp a. a. O. S. 224–6.

22a) Ueber Rev.-Unzulässigkeit in Zehentfixirungs- und (betr. Sicherheitsbestellung) in Enteignungssachen s. Bl. f. RA. S. 308, 412, Bd. XVIII S. 60*.

23) Nach den Motiven des Entwurfes der Novelle von 1837 (§. 68) rechtfertigen sich diese Beschränkungen der Revision theils a) durch die mindere Wichtigkeit der Sache (Nr. 2, 7, 9 des §. 54), theils b) durch die Nothwendigkeit größerer Beschleunigung (Nr. 3, 4, 5), theils c) endlich vorzüglich dadurch, daß Hülfe noch seiner Zeit, in dem weiterer Verhandlung vorbehaltenen Hauptstreite möglich ist.

24) Ueber Unzulässigkeit der Oberberufung gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Bescheide, wodurch der Antrag auf

b) Erkenntnisse, wodurch die gerichtsablehnende Einrede verworfen wird [25]);

c) Erkenntnisse, welche den Streit über die Prozeßart entscheiden [26]);

d) Bescheide, wodurch eine Partei oder ein Dritter zur Herausgabe einer Urkunde verurtheilt wird [27]);

ein unbedingtes Mandat abgewiesen worden — s. Bl. f. RA. Bd. IV S. 320; oder wodurch eine Nichtigkeitsquerel von der Gerichtsschwelle zurückgewiesen worden — s. Bl. f. RA. Bd. VII S. 96; OAGPlenarbeschluß vom 16. April 1845. (Reg Bl. S. 279—282). — Auch bei zwei gleichförmigen Erkenntnissen auf Abweisung von der Gerichtsschwelle wegen Ermangelung einer Justizsache hat sich die OAGPraxis für die Unzuläßigkeit der Oberberufung festgestellt. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 200.

25) Die Bestimmung der Novelle von 1819 §. 20 Nr. 1, soweit sie das von Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede Geltende auch für die Verwerfung der „von der Einlassung befreienden“ Einrede (GO. Kap. VI §. 3 Nr. 2 und 3) verordnet, — gilt nicht mehr. Plenarbeschluß des OAG. vom 26. April 1843 (Rgblatt S. 375 f. Nr. 4—7). — Ueber den Fall, wenn der Einwand der Umgehung des Vermittlungsamtes in den Vorinstanzen gleichförmig verworfen worden — s. Bl. f. RA. Bd. V S. 245. Ueber den Fall, wenn unter Aufhebung der in erster Instanz ausgesprochenen Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede dem ersten Richter weiteres Erkenntniß aufgetragen wird — s. §. 4 Note 47.

26) S. oben S. 14 Note 36. Für Bescheide auf Leistung des Editionseides gilt die Beschränkung nicht.

27) S. oben S. 20 Note 43. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XX S. 88*.

c) Bescheide, welche die verlangte Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß als unstatthaft erklären[28]).

Abgesehen von den Bescheiden, welche von der Gerichtsschwelle abweisen[29]), bezeichnet der §. 52 diejenigen Zwischenbescheide, gegen welche ausnahmsweise, d. h. abweichend von der in §. 51 aufgestellten Regel — eine Zwischenappellation, eine selbstständige Berufung stattfindet. Der §. 52 spricht daher nur von der Zulässigkeit der Berufung gegen solche Zwischenbescheide, welche blos den Inhalt eines solchen haben; Zwischenbescheide, welche in Verbindung mit einem appellablen Erkenntnisse erlassen wurden, sind, wenn zugleich gegen dieses appellirt wird, nicht unter der Regel des §. 51, daher auch nicht unter den Ausnahmen des §. 52 begriffen. Wenn nun der §. 54 der Nov. von 1837 verordnet, die Apellation an die dritte Instanz finde im Falle der Gleichförmigkeit der Aussprüche erster und zweiter Instanz gegen die im §. 52 Nr. 1—3, dann 7 und 8 benannten Erkenntnisse nicht statt, so erhellt, daß hierunter nur selbstständige für sich bestehende Erkenntnisse dieser Art verstanden sind, und daß die Beschränkung der Berufung an die dritte Instanz wegfällt, wenn dieses Rechtsmittel zugleich gegen eine andere der fraglichen Beschränkung nicht unterworfene Verfügung desselben Erkenntnisses ergriffen wurde. Der §. 52, auf welchen der §. 54 Bezug nimmt, spricht ja nur von solchen Bescheiden, welche abgesehen von den hier verordneten Ausnahmen unter die Regel des §. 51 fallen würden; unter diese Regel sind aber, wie gezeigt, Zwischenbescheide, welche in Verbindung mit einem appel-

28) S. oben S. 20 Note 44.

29) Auf diese paßt nämlich der Begriff „Zwischenbescheid" nicht S. oben S. 14 Note 25.

lablen Erkenntnisse erlassen, und nun mit diesem im Wege der Berufung angefochten werden, nicht enthalten. Eben deßwegen können dieselben auch nicht in dem §. 54 gemeint sein, weil dieser den Gegenstand seiner mit Nr. 1 bezeichneten Verfügung nur durch Bezugnahme auf §. 52 bestimmt [30]).

Wo übrigens ein Fall des §. 54 wirklich gegeben, und die Entscheidung mit dem gleichförmigen Erkenntnisse zweiter Instanz in Rechtskraft übergegangen war, da kann die rechtskräftig abgethane Vor- oder Zwischenfrage später, wenn die Hauptsache an den obersten Gerichtshof gelangt, nicht mehr in Anregung kommen [31]).

Die Revision ist

2) unstatthaft gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse, „welche nach rechtskräftig entschiedener Haupt„sache [32]) blos die Zinsen, Schäden, Kosten und Früchte „betreffen [33]):

3) „gegen Urtheile über den jüngsten Besitz, voraus-

30) Bl. f. RA. Bd. V S. 248, Bd. VI S. 374—5, Bd. VII S. 363—5, Bd. XX S. 88*. — In der Rechtssache Nr. 379$^{13}/_{11}$ wurde vom obersten Gerichtshofe am 30. Jänner 1844 entschieden, daß die Frage, ob sich eine Sache zum mündlichen Verhöre eigne, mit dem Erkenntnisse in der Hauptsache entschieden, auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse an die dritte Instanz gebracht werden könne.

31) Dies gilt auch von Fällen, in welchen der Beklagte die Eigenschaft einer Justizsache in Abrede stellte. S. unten Kap. XVI §. 2, I Nr. 1. S. auch oben S. 133.

32) Fälle, in welchen die vorigen Erkenntnisse auch die Hauptsache betreffen, die Revision aber nur hinsichtlich der Nebensachen ergriffen wird, gehören nicht hieher.

33) Vgl. hierüber Bd. III S 457.

„gesetzt, daß nach erledigter Klagsache hierüber noch die „ordentliche Besitzklage (Cod. jud. cap. III §. 4 Nr. 2) zu„lässig ist [34]);

4) „gegen Beschlüsse, wodurch eine provisorische Ver„fügung [34a]) getroffen [35]), oder

5) „Arrest verhängt worden [36])."

34) Vgl. Bd. II S. 81 f. — Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf das remedium aus der l. ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo ist unzulässig. Bl. f. RA. Bd. V S. 347, Bd. VI S. 128.

34 a) Natürlich kommt es nicht auf die Bezeichnung als provisorische Verfügung, sondern darauf an, daß die Erkenntnisse der beiden Vorinstanzen ihrem Wesen nach zur Kategorie der provisorischen Verfügungen gehören. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 328. Zu den provis. Verfügungen gehört auch in Ehedifferenzen die Weisung an die Frau, das Haus des Mannes zu verlassen. Ebd. Bd. XIV S. 240.

35) Vgl. OAGE. vom 24. Nov. 1843 Nr. 1042 12/43. Auf Beschlüsse, durch welche Anträge auf Erlassung von Provisorien nach gepflogener Verhandlung zurückgewiesen werden, paßt die Vorschrift nicht. Zurückweisungen von der Gerichtsschwelle fallen unter Nr. 1 lit. a Bl. f. RA. Bd. XIV S. 10. Interlokute auf Beweis sollten in der Verhandlung über ein Provisorium gar nicht vorkommen, sondern nur inappellable sog. Prälokute. S. oben §. 3 S. 18 Note 38. In einem Falle dieser Kategorie war gleichwohl in 2 Instanzen gleichförmig interloquirt worden und das OAG. hat die Revision dagegen zugelassen. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 26*.

36) Der Inhalt der vorigen Note ist auch hieher zu beziehen. — Von dem Falle, wenn der Antrag auf Arrestverhängung in erster Instanz von der Gerichtsschwelle abgewiesen worden, in zweiter Instanz aber demselben stattgegeben wird — s. oben §. 3 S. 12 Note 22. — Gegen zwei gleichförmige Erkennt-

Zur Bezeichnung eines Urtheiles, welches in der Hauptsache auf Beweis oder definitiv erkennt, und nebenbei eine provisorische Verfügung oder eine Arrestverhängung enthält, kann man nicht sagen, es sei ein Beschluß, wodurch eine provisorische Verfügung getroffen oder Arrest verhängt worden. A potiori fit denominatio. Daher sind die Nrn. 4 und 5 des §. 54 auf provisorische Verfügungen und Arrestverhängungen, welche nur accessorisch in einem Erkenntnisse über die Hauptsache vorkommen, und mit diesem Gegenstand einer Revision sind, nicht zu beziehen [36 a]).

Hierher gehören

6) Erkenntnisse im Exekutivprozesse, jedoch diese, wie Arrestverhängungen, nur unter der Voraussetzung, „daß „dem unterliegenden Theile die gesonderte Rechtsverfolgung

nisse auf Relaxation eines früher erkannten Arrestes findet die Oberberufung statt. OAGE. v. 31. Okt. 1843 Nr. 1542¹²/₁₃; vom 3. Nov. 1843 Nr. 595¹²/₁₃.

36 a) Unerheblich ist der Umstand, daß im Gesetze nicht unterschieden wird, weil der Fall der Verbindung einer Arrestverfügung mit dem Erkenntnisse in der Hauptsache, nach dem vorwiegenden, d. h. dem die Hauptsache betreffenden Bestandtheile etwas Anderes ist, als ein Beschluß „auf Arrestverhängung". Um zu einem anderen Resultate zu gelangen, hat man in einem OAGE. (Bl. f. RA. Bd. XV S. 335) die natürliche Ordnung verkehrt, und das Erk. in der Hauptsache als das „nebenbei" ergangene qualifizirt. Nicht passender ist die Bezugnahme auf den in den Motiven angegebenen Grund, „weil noch seiner Zeit Abhülfe in dem weiterer Verhandlung vorbehaltenen Hauptstreit möglich ist." Denn im Falle der Verbindung der Arrest- oder provisorischen Verfügung handelt es sich ja gar nicht von einem zu „weiterer Verhandlung vorbehaltenen Hauptstreit." Vgl. auch Note 38.

„im gewöhnlichen Prozesse vorbehalten bleibt[37]).“ Diese Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn der Vorbehalt nur für einen Theil der Streitpunkte besteht[37a]).

Bei Beschlüssen, welche nur Arrest (zur Sicherung künftigen Urtheilsvollzugs) verhängen, versteht es sich von selbst, daß damit die Hauptsache nicht abgethan sei[38]). Ist die Anwendung der Revisionsbeschränkung auf eine Entscheidung im Exekutivprozesse in Frage, so kommt es darauf an, ob in Ansehung der Streitpunkte, welche durch die Revision der oberstrichterlichen Prüfung unterstellt werden wollen, nach dem hierüber in Bd. II S. 70 Bemerkten eine weitere Rechtsverfolgung im gewöhnlichen Prozesse als statthaft erscheint. Dabei wird es nach der Praxis des OAG. nicht als wesentlich angesehen, daß der Vorbehalt weiterer Rechtsverfolgung in den fraglichen Urtheilen ausgedrückt sei[39]).

37) Vgl. OAGE. vom 25. Juli 1843 Nr. 687 11/12.

37a) In einem vorgekommenen Falle, in welchem die weitere Rechtsverfolgung in Ansehung eines von mehreren Streitpunkten vorbehalten war, hat der oberste Gerichtshof die Revision nicht nur in Ansehung der übrigen zugelassen, sondern die materielle Prüfung des Zusammenhanges wegen auch auf denjenigen erstreckt, welcher Gegenstand des Vorbehaltes war. Bl. f. RA. Bd. XV S. 49 f.

38) Ist der arrestverhängende Beschluß dem Erkenntnisse in der Hauptsache beigefügt, so fällt diese Beschränkung der Revision weg. Das in dieser Beziehung zu Nr. 5 Bemerkte bestätigt sich durch den gesetzlichen Beisatz zu Nr. 6. S. auch die vorige Note 37 a.

39) Bl. f. RA. a. a. O. Diese Praxis (OAGE. in Nr. 1410 15/16 und 1473 53/51) stützt sich darauf, daß der Ausdruck der Novelle von 1837 „vorbehalten bleibt“ gemäß der von ihrem Verfasser, Stürzer, bekannten Ansicht (CGB.

7) „Erkenntnisse, wodurch dem ausländischen Kläger „(Proz. Gesetz von 1819 §. 8, 1) Kautionsleistung aufgetragen wird, es möge die Frage über die Verbindlichkeit „selbst, oder über den Betrag, oder über die Art, der Kau„tionsleistung streitig sein."

Auch von diesem Falle gilt das oben zu Nr. 4 und 5 Bemerkte.

8) „Alle Erkenntnisse und Beschlüsse im Exekutions„Verfahren, soweit gegen dieselben überhaupt eine Beru„fung zuläßig ist."

Was oben im §. 6 S. 88 ff. zur Erläuterung der Vorschrift bemerkt wurde, welche die Nothfrist im Exekutionsverfahren beschränkt, kommt auch bei der hier in Frage befindlichen Beschränkung der Revision zur Anwendung [39a]. Diese gilt übrigens nicht für Beschwerdeführungen derjenigen Partei, zu deren Vortheil die Exekution statt findet [40]. Inwiefern die Berufung im Exekutionsverfahren

S. 785) zu interpretiren sei, und daß man annehmen müsse, es sei die Abweichung von dem Ausdrucke der Novelle von 1819 (§. 20: „vorbehalten wurde") gerade zu dem Ende beliebt worden, um diese Ansicht Stürzer's auszuprägen. — Anderer Meinung ist Lauk in den Bl. f. RA. Bd. V S. 380—4.

39a) Insbesondere auch in dem Falle, wenn sich für den Antrag, die Exekution zu sistiren, auf ein neueres Uebereinkommen unter den Betheiligten bezogen wird. Es wird eben damit eine Einrede gegen das Exekutionsverfahren geltend gemacht, über deren Vorbescheidung gelten muß, was überhaupt von Urtheilen über die in diesem Stadium vorgebrachten Einreden Rechtens ist. Indessen schwankt hierüber die Praxis. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 76 f. — Ueber Anwendung obiger Vorschrift auf den Fall eines Streites zwischen dem Adjudikator und einem Kaufschillings-Assignatar s. ebd. S. 476.

40) Denn a) der Zusatz „soweit gegen dieselben überhaupt eine

überhaupt zuläſſig oder nicht, iſt oben in §. 3 S. 30 f. erörtert worden.

Im Falle gleichförmiger Entſcheidung in erſter und zweiter Inſtanz findet Reviſion nicht ſtatt

9) gegen Erkenntniſſe in Sachen wegen Ehrenbeleidigungen inſofern nur auf Ehrenerklärung geklagt war [41]).

IV.

Reviſionsſumme [41a]).

Der Landtagsabſchied vom 29. Dez. 1831 verordnet unter III, 8:

Berufung zuläſſig iſt" — verweiſt auf GO. XV §. 3 Nr. 4, wo nur von der Appellation des unterliegenden Theiles gehandelt wird. b) Bei Arreſtſachen und proviſoriſchen Verfügungen (Fällen proviſoriſcher Exekution) iſt die Reviſionsbeſchränkung ausdrücklich nur für Beſchwerdeführungen desjenigen beſtimmt, gegen den Arreſt verhängt oder eine proviſoriſche Verfügung getroffen wurde (ſ. oben Nr. 4 und 5). c) Der Grund der Vorſchrift, dem Sieger ſchleuniger zur Vollſtreckung zu verhelfen, paßt nicht auf Appellationen des Siegers. d) Es iſt unzuläſſig zum Nachtheile eines Theiles anzuwenden, was zu ſeinem Vortheile eingeführt iſt. Fr. 25 de legibus. — (Das OAG. entſchied öfter für das Gegentheil. Vgl. die S. 88 Note 3 alleg. Erk. und Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 351.) — Iſt nicht die Vorſchrift über die nur 14tägige Nothfriſt im Exekutionsverfahren in gleicher Weiſe beſchränkend auszulegen? — Dagegen ſpricht, daß auf dieſe der gewichtigſte obiger vier Gründe, nämlich der unter lit. b, nicht paßt. — Vgl. unten Kap. XVIII §. 8 Nr. 4.

41) Ueber die Anwendung dieſer Vorſchrift auf dergleichen Klagen nach preußiſchem Rechte ſ. Bl. f. RA. Bd. V S. 249 vgl. mit S. 81 f.

41a) Beſchwerdeſumme zur dritten Inſtanz in Aufſchlagsdefraudationsſachen ſ. Bl. f. RA. Bd. XVI 202, 203, 204.

„Eine Berufung zur dritten Instanz findet bei difformen Erkenntnissen der vorigen Instanzen nur dann statt, „wenn der Streitgegenstand in Geld oder Geldwerth dreihundert Gulden rhn. (ausschließlich der Kosten und „Zinsen) beträgt, bei gleichlautenden Erkenntnissen der vorigen Instanzen aber ist eine Summe von sechshundert „Gulden rhn. (ebenfalls mit Ausschluß der Kosten und „Zinsen) erforderlich."

Unter Streitgegenstand wird hier dasjenige verstanden, was noch in der dritten Instanz Gegenstand des Streites ist, also der Gegenstand der Revisionsbeschwerden [42]).

Zufolge der Vorschrift §. 58 der Novelle von 1837 bleiben nicht blos Kosten und Zinsen, sondern auch Früchte und Schäden, welche als Nebensache zu- oder aberkannt sind, außer Berechnung [43]).

Ob im gegebenen Falle Gleichförmigkeit oder Ungleichförmigkeit der vorigen Urtheile vorhanden, ist nach dem oben unter II Vorgetragenen zu beurtheilen [43a]). Wenn z. B. der Beklagte auf geschehene Einklagung von 400 fl. in erster Instanz zur Zahlung von 300 fl. verurtheilt wor-

42) Vgl. §. 58 der Nov. von 1837. Vgl. in obiger Beziehung über Revisionssumme in Handlohnssachen Bl. f. RA. Bd. X S. 373.

43) Daß sich der §. 58 auch auf die Revisionssumme bezieht, ergibt sich aus den Worten: „Bei der Berechnung der im §. 57 bezeichneten Summen." In dem §. 57 ist nicht blos von der Berufungssumme bei Appellationen gegen Untergerichte, sondern — durch Bezugnahme auf den Landtagsabschied von 1831 — auch von der Revisionssumme die Rede.

43a) Vgl. hierüber auch Bl. f. RA. Bd. XVI S. 288. In einem Falle, in welchem das Gericht II. Instanz die Beschwerde „als nunmehr gegenstandslos" abgewiesen hatte, nahm das OAG. Ungleichförmigkeit an. Ebd. Bd. XV S. 92.

den, in zweiter Instanz Beklagter völlige Entbindung von der Klage, Kläger aber Verurtheilung in die vollen 400 fl. beantragt, und nun das Obergericht eine Verurtheilung zu 350 fl. ausgesprochen hat, so ist hiegegen Revision von Seite des Beklagten statthaft, weil in Ansehung der 350 fl., welche den Gegenstand der Revisionsbeschwerde bilden, ungleichförmige Urtheile der Vorinstanzen vorliegen [44]). War hingegen der Beklagte in erster Instanz zu 800 fl., in zweiter zu 400 fl. verurtheilt worden, so kann derselbe wegen dieser 400 fl. nicht revidiren. Denn darüber, daß er die den Gegenstand der Revisionsbeschwerde bildenden 400 fl. zahlen soll, sind die Urtheile der Vorinstanzen gleichförmig.

Im Uebrigen gilt das oben §. 3 bezüglich der Berufungssumme Vorgetragene auch für die Revisionssumme. War in der zweiten Instanz eine Schätzung des Streitgegenstandes vorgenommen worden, so findet, zum Behufe der Revision eine nochmalige Schätzung nicht statt [45]).

44) OAGBeschluß vom 3. Nov. 1840 Nr. 1181 30/31. Vergl. auch Nr. 580 50/51. Es geht nicht an, diese Beschwerdesumme zu theilen, und der Gleichförmigkeit der vorigen Urtheile in Ansehung des Betrages von 300 fl. eine Folge zu geben. Nur in dem Falle, wenn die von der zweiten Instanz beigesetzten 50 fl. einen verschiedenen Ursprung hätten, wäre eine solche Trennung gerechtfertigt. S. oben S. 125—6.

45) §. 61 Abs. 2 der Nov. von 1837. Es ist jedoch der Fall dieser Gesetzstelle nicht gegeben, wenn in der Revisionsinstanz der frühere Appellat Beschwerde führt, und der Beschwerdegegenstand, wie bei Grunddienstbarkeiten, nicht gleichen Werth für beide Parteien hat. S. oben S. 62. OAGAkt. Nr. 959 12/13.

V.

Revisionsschrift. Extrajuzialrevision. Neues Vorbringen in der Revisionsinstanz. Revisionsverfahren.

Was oben §. 5, I von Einreichung [46]) und Einrichtung der Berufungsschrift gesagt wurde, gilt auch für die Revisionsschrift.

Gegen Beschlüsse eines Obergerichtes, durch welche eine an dasselbe gebrachte Extrajudizialbeschwerde abgewiesen wird, findet in der Regel weitere Beschwerdeführung an den obersten Gerichtshof statt, welche sich nach den oben S. 80 f. vorgetragenen Grundsätzen richtet [47]). Gegen Entscheidungen der Obergerichte über Rekurse in Betreff einer vom Untergerichte verhängten Prozeßstrafe kann eine Beschwerde bei der dritten Instanz nicht geführt werden [48]); eben so wenig gegen Beschlüsse des Obergerichtes über Beschwerdeführungen gegen Beschlüsse des Hypothekenamtes [49]). — Wurde auf die Extrajudizialbeschwerde vom Obergerichte eine abändernde Entschließung erlassen, so

46) In Bezug auf die Einreichungs-Nothfrist gilt nichts Besonderes für die Revision. — Ein Deklarationsgesuch bezüglich eines oberstrichterlichen Erkenntnisses ist an keine Nothfrist gebunden. Vgl. OAGAkt. Nr. 615 $^{24}/_{25}$, 218 $^{28}/_{29}$, 683 $^{30}/_{31}$, 339 $^{33}/_{31}$. Vgl. Bd. III S. 464.

47) Diese in der Praxis des OAG. angenommene Regel gründet sich auf die gesetzlich ausgesprochene Gleichstellung zwischen Appellation und Revision. Wo Appellation zuläßig, steht auch der Weg der Revision offen, sofern nicht besondere Gesetzesvorschriften entgegenstehen.

48) §. 21 der Prozeßnovelle von 1819. Auch nicht, wenn das Obergericht den Rekurs als desert zurückgewiesen hat. OAGE. vom 22. Nov. 1842. Nr. 69 $^{11}/_{12}$.

49) §. 94 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 317.

können dagegen andere Personen, welche darin eine Beeinträchtigung ihrer [50]) Interessen finden, keine Beschwerdeführung an den obersten Gerichtshof bringen; vielmehr haben sie durch den Vortrag ihrer Einwendungen eine wiederholte Schlußfassung in erster Instanz hervorzurufen [51]), beziehungsweise nunmehr den Rechtsweg gegen den im entgegengesetzten Interesse Betheiligten zu betreten [52]).

Was oben S. 82 f. und S. 100 f. zur Erläuterung der GO. XV §. 5 Nr. 8 und §. 7 Nr. 9 vorgetragen wurde, findet auch für die Revisionsinstanz Anwendung. Auch in Ansehung der Nothfrist gilt hier nichts Besonderes.

Einreichung einer Nebenverantwortung findet in der dritten Instanz nicht statt [53]); wohl aber steht dem Revisen die Befugniß der Adhäsion nach denselben Grundsätzen zu, welche bei der Berufung zur Richtschnur dienen. Auch hindert die Unzulässigkeit der Nebenverantwortung den Revisen nicht, seine Befugniß zur Beibringung neuer Behelfe auszuüben. S. oben S. 99 Note 5.

50) Oder der Interessen einer von ihnen vertretenen Person.

51) Z. B. wenn in einer Vormundschaftssache des Pfleglings nächste Verwandte die abändernde Entschließung des Obergerichtes, welche auf eine Extrajudizialbeschwerde des Vormundes ergangen ist, in Obsorge für den Pflegling beanstanden. OAGE. in Nr. 298 $^{51}/_{52}$.

52) So in Hypothekensachen, ferner im Falle einer obergerichtlich ausgesprochenen Gewerbskonstatirung.

53) Wenn gegen eine von dem Oberrichter wegen Mangels der Berufungssumme oder wegen Versäumniß der Nothfrist ausgesprochene Zurückweisung der Appellation an den obersten Gerichtshof Beschwerde geführt wird, so ist dies nicht Beschwerdeführung an die dritte, sondern an die zweite Instanz (s. oben Abschn. I), daher die Einreichung einer Nebenverantwortung hier zulässig.

VI.

Devolutiveffekt der Revision.

Von dem Grundsatze, daß mit dem Gegenstande der eingewandten speziellen Beschwerden Alles davon Abhängende an den höheren Richter devolvirt werde, findet in der Revisionsinstanz eine eigenthümliche Anwendung statt, betreffend die etwa in der Berufung an die zweite Instanz eventuell gestellten Bitten, wenn diese deßwegen, weil der zweite Richter der primären Bitte des Appellanten entsprochen hat, bei der zweitrichterlichen Beurtheilung der Sache nicht in Erwägung gekommen sind. Wenn nun der Gegner (der Appellat) die Sache an die dritte Instanz bringt, und von dem obersten Gerichtshofe Abänderung des zweitrichterlichen Ausspruchs über die primäre Berufungsbitte beschlossen wird, so lebt in Folge dessen die früher außer Erwägung gebliebene eventuelle Berufungsbitte des damaligen Appellanten, nunmehrigen Revisen von selbst, d. h. ohne Zuthun des letzteren, wieder auf, sie muß von dem obersten Gerichte von Amtswegen zum Gegenstand der Schlußfassung gemacht werden [54]).

Ausstellungen über die Fassung des Beweissatzes von einer Partei, welche in voriger Instanz ein Endurtheil beantragt hatte, erst in dritter Instanz vorgebracht, können nicht schon um deßwillen zurückgewiesen werden, weil eine ausdrückliche Beschwerde hierauf in der zweiten nicht gerichtet gewesen ist; denn wer sofortige Abweisung resp. Zuerkennung verlangt, hat sich jedenfalls auch darüber beschwert,

54) OAGE. vom 11. Juli 1843. Nr. $61^{10}/_{41}$. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 414—15, Bd. XIX S. 352.

daß dieselbe von einem ihm ungünstigen Beweisthema abhängig gemacht worden sei [54a]).

Kommt der Revisionsrichter nach den oben S. 115 f. vorgekommenen Erörterungen in den Fall, eine Sache zu nochmaliger Entscheidung zurückzuweisen [54b]), so kann diese Zurückverweisung nach Verschiedenheit der Sachlage an den zweiten oder an den ersten Richter geschehen müssen. War es nur der zweite Richter, welcher in Folge der Beantwortung einer Vorfrage der a. a. O. bezeichneten Art, wozu auch die Prüfung der Berufungsförmlichkeiten gehört, die Würdigung der Materialien überhaupt oder in einzelnen Theilen unterlassen hatte, so wird in Folge der oberstrichterlichen Abänderung des diese Unterlassung motivirenden Beschlusses, die Zurückverweisung an den zweiten Rich-

54a) Bl. f. RA. Bd. XX S. 398 Nr. 5. S. auch Bd. XXII S. 1 ff. 2).

54b) So z. B. im Falle der Aufhebung des zweitrichterlichen Urtheils in Folge der Annahme, daß die in zweiter Instanz zurückgewiesene Adhäsion zuzulassen sei, in welchem Falle tax- und stempelfreie Ausfertigung des wiederholten Erkenntnisses zweiter Instanz angeordnet wurde. Bl. f. RA. Bd. X S. 415. -- In einem Falle hatte das Appellationsgericht auf Abweisung der Berufung erkannt, „weil dieselbe eine Ausführung der Beschwerden des Appellanten nicht erkennen lasse und das ganz unverständliche Petitum mit dem Inhalte der Beschwerdeschrift in keinem Zusammenhange stehe". Der oberste Gerichtshof theilte diese Ansicht nicht und erkannte daher, daß die Berufung nicht abzuweisen sei. Da aber „dem Appellationsgerichte nicht zugemuthet werden konnte, einen zur Schöpfung eines materiellen Urtheils geeigneten Sinn in der Schrift zu finden", so wurde sofort vom OAG. auf die Berufung selbst (ohne Zurückweisung an die Vorinstanz) erkannt. Ebd. Bd. XXI S. 224.

ter zu nochmaligem Erkenntnisse ausgesprochen [54c]); wohingegen Zurückverweisung an den ersten Richter eintritt, wenn z. B. dieser auf dem Grunde der Desertion einen Gegenbeweis ausgeschlossen hatte, und dieser in zweiter Instanz bestätigte Ausspruch nun von dem obersten Gerichtshof reformirt wurde.

Wie überhaupt die Rechte und Pflichten des oberrichterlichen Amtes auch für den obersten Gerichtshof in Beurtheilung der Revisionssachen gelten, so ist dies insbesondere hinsichtlich der Nebensachen (oben S. 120) der Fall, sofern nicht im gegebenen Falle besondere Erwägungen entgegenstehen. Hatte etwa eine Partei gegen den erstrichterlichen Ausspruch in Betreff der Kosten eine spezielle Beschwerde an das Obergericht erhoben, aber die in diesem Punkte beantragte Abänderung nicht erwirkt, so kann diese Abänderung, wenn der Verkürzte sich der nach Lage der Sache zulässigen Revision nicht bedient, in dritter Instanz nicht von Amtswegen nachgeholt werden [54d]).

VII.

Revisionssentenz.

Die Vorschrift des §. 11 Nr. 1, nach welcher der Revisionsrichter, wenn bei der von Amtswegen anzustellenden Prüfung der Förmlichkeiten auch der vorigen Instanz ein offenbarer Mangel an diesen befunden wird, die cau-

54c) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 381 f., Bd. XV S. 335. S. auch OAGAkt Nr. 302 $^{11}/_{45}$, 1765 $^{53}/_{54}$ und 55 $^{12}/_{43}$.

54d) Wohl aber, wenn er sich (wegen Mangels der Summe) der Revision nicht bedienen konnte. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XI S. 325. S. auch oben S. 43. f.

sam sogleich pro deserta vel non devoluta erkennen soll,[54e]) — kann

1) nur auf Revisionen einer Partei, welche auch in zweiter Instanz Beschwerde geführt hat, und auf die von ihrer Seite in zweiter Instanz vorgekommenen Unförmlichkeiten bezogen werden. Denn offenbar geht es nicht an, eine Revision deßwegen als desert oder nicht erwachsen abzuweisen, weil auf Seite des Gegners der revidirenden Partei bei der von ihm an die zweite Instanz ergriffenen Berufung eine Unförmlichkeit vorgekommen war. Gebrechen an der frühern Appellation des Gegners können nicht dem jetzigen Revidenten zum Nachtheil gereichen, den Fall ausgenommen, wenn in zweiter Instanz bestätigend erkannt wurde und die Revisionsbeschwerde blos darauf gerichtet ist, daß der frühern Adhäsionsbeschwerde nicht entsprochen worden. War des Gegners Appellation zur zweiten Instanz nicht erwachsen, so war nothwendig auch die Adhäsion unstatthaft, und in Folge dessen läßt sich die Adhäsionsbeschwerde auch in der Revisionsinstanz nicht wiederholen.[54f])

Findet in dem Falle, wenn der jetzige Revident auch in zweiter Instanz Beschwerde geführt hatte, der oberste Richter einen offenbaren (vom zweiten Richter nicht erkannten) Mangel in den Förmlichkeiten der vorigen Instanz, so wird gleichwohl nur auf Abweisung der Revision, nicht der Appellation erkannt[55]), so daß das zweit-

54e) Vgl. hierüber Geigel in den Bl. f. RA. Bd. XVI. S. 81 f.

54f) Geigel a. a. O. S. 86, 2). A.

55) OAGE. vom 5. Febr. 1841 Nr. 4 37/38. — S. jedoch für den Fall, wenn auf eine nach §. 51 der Nov. von 1837 unzulässige Appellation bestätigend erkannt worden, und der

richterliche Urtheil insoweit es eine dem jetzigen Revidenten günstige Abänderung aussprach, und nicht auch von Seite des Gegners angefochten ist, aufrecht bleibt. Nur wenn der Gegner z. B. wegen Mangels der Summe an der Revision gehindert war, kann demselben dadurch Abhülfe gewährt werden, daß mit der Zurückweisung der Revision auch die Unftatthaftigkeit der Berufung zur II. Instanz ausgesprochen und damit das zweitrichterliche Erkenntniß entkräftet wird. [55a])

Revidirt jetzt der frühere Appellat, so muß man für den Fall einer vom zweiten Richter nicht erkannten Unförmlichkeit [56]), welche in des jetzigen Revisen Appellation an die zweite Instanz vorgekommen ist, folgendermassen unterscheiden:

a) Wird von dem Revidenten über die Nichtbeachtung dieser Unförmlichkeit Beschwerde geführt, so ist vom obersten Richter das Urtheil zweiter Instanz aufzuheben, und die Abweisung des von der ersten zur zweiten Instanz ergriffenen Rechtsmittels (wegen Unzulässigkeit, Nichtdevolution, Desertion) auszusprechen. [56a])

Appellant hiegegen Revision sucht, — ein abweichendes OAGE. in den Bl. f. RA. Bd. VIII. S. 396—7.

55a) Geigel a. a. O. S. 86, II. B. b.

56) Natürlich ist hier nur von solchen Mängeln die Rede, welche Unzulässigkeit, Nichtdevolution, Desertion bewirken.

56a) Was in dem Falle Rechtens, wenn in II. Instanz das erste Urtheil als zu frühzeitig erlassen aufgehoben und weitere Instruktion angeordnet, nun aber wegen Desertion der Appellation Revisionsbeschwerde erhoben wurde, — darüber vgl. oben S. 21 Note 46 mit Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 343. In dem hier mitgetheilten Falle war nicht bloß über Nichtbeachtung der in II. Instanz vorgekommenen Nothfrist-Versäumung Beschwerde geführt, sondern eventuell auch um Bestätigung des erstrichterlichen Ausspruchs gebeten worden. Un-

b) Eben so ist (ohne prüfendes Eingehen in die Revisionsmateralien) zu erkennen, wenn vom Revidenten zwar nicht über Nichtbeachtung der vorgekommenen Unförmlichkeit Beschwerde geführt, aber doch völlige Entkräftung des Urtheils zweiter Instanz begehrt wird[57]).

c) Wenn Revident nur eine theilweise Entkräftung des auf die gegnerische Appellation ergangenen[58]) Urtheils beantragt, so kann der Revisionsrichter der von ihm wahrgenommenen Berufungs-Unförmlichkeit keine Folge geben, indem es einerseits nicht angeht, über die Gränzen der Revisionsbeschwerde[59]) zum Nachtheile des Revisen abzuändern, andrerseits eben so wenig, die Berufung an die zweite Instanz durch theilweise Aufrechterhaltung des zweitrichterlichen Urtheils theilweise als zulässig und erwachsen gelten zu lassen, zum andern Theile aber wegen der vorliegenden Unförmlichkeit für desert oder nicht erwachsen zu erklären.

ter diesen Umständen wurde die Berufung an den obersten Gerichtshof nach §. 53 Nr. 1, 2 der Nov. 1837 als unzulässig zurückgewiesen.

57) OAGE. v. 6. Febr. 1854 in Nr. $1461^{51}/_{52}$. Zeitschrift für Gesetzgebung u. Rechtspflege Bd. I S. 572. Das OAG. hat jedoch in einem Falle, in welchem die Förmlichkeit der gegnerischen Appellation wegen des fraglichen Mangels von Seite des jetzigen Revidenten im Berufungsverfahren beanstandet, dieser Beanstandung im zweitrichterlichen Urtheile keine Folge gegeben, und in der Revision die Beschwerdeführung über die Verwerfung der vorgebrachten Berufungs-Einwendung unterlassen war, — die Ansicht adoptirt, daß der Revisionsrichter unter diesen Umständen auf die verworfene Berufungseinwendung nicht zurückkommen könne. OAGAkt. in Sachen Engelbrecht c^a^ Listl. Nr. $1038^{39}/_{40}$.

58) Von dem Falle, wenn Revident nur seine frühere Adhäsionsbeschwerde wiederholt, war schon oben die Rede.

59) Ein Hinblick auf den Inhalt der eingewandten Beschwerden läßt sich hier zur Prüfung der Formalien eben so wenig ver-

2) Mängel in den Förmlichkeiten der vorigen Instanz, welche nicht offenbar sind, sondern erst durch amtliche Erhebungen konstatirt werden müßten, kommen, sofern nicht über deren Nichtbeachtung Beschwerde geführt ist, nicht in Betracht.

3) Walten über die Eigenschaft einer Justizsache und über Einhaltung dee Jurisdiktions-Gränzen von Seite der Vorinstanzen keine Bedenken ob [59a]), so sind zunächst die Formalien der Revision, und darauf die der vorigen Instanz ins Auge zu fassen. [59b])

VIII.

Vom Sukkumbenzgelde [59c]).

Im Falle von dem obersten Gerichtshofe in einer Revisions- oder Appellationssache [60]) entweder durchgängig oder in gewissen Punkten bestätigend erkannt wird, soll eine jede Partei [61]), deren Beschwerden sämmt-

meiden, als überhaupt bei der Prüfung der Berufungszuläßigkeit und des Daseyns der Berufungssumme. S. oben S. 132 Note 1.

59a) Vgl. hierüber oben §. 11 Nr. 1.

59b) In einem neueren Falle wurde die Revision wegen Mangels der Revisionssumme zurückgewiesen, ohne in die obwaltenden Bedenken über die Eigenschaft einer Justizsache einzugehen. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 190. Vgl. ebd. S. 17 f.

59c) Bedenken über die Anwendung des Sukkumbenzgeldes in dem ehemaligen Großherzogthum Würzburg und in den vormals fuldischen und hessischen Aemtern s. in den Bl. f. RA. Bd. XI S. 68.

60) Nov. Samml. Bd. I S. 296—7; Vdng. vom 24. Mai 1809 (Reg.-Bl. S. 813). Bl. f. RA. a. a. O. Nov. v. 1837 §. 69.

61) Gleichviel, ob Revident oder Adhärent. — Mehrere Streitgenossen bilden zusammen nur eine Partei.

lich oder zum Theile für unerheblich befunden worden, in ein Sukkumbenzgeld von 9 bis 90 Gulden zum Vortheil des Pensionsfondes für die Hinterlassenen der Advokaten verurtheilt werden.

Auf Frivolität der Revisions-Beschwerden kommt es nicht an; das Sukkumbenzgeld ist nicht Strafe; es muß darauf auch in höchst zweifelhaften Fällen erkannt werden.

Von Bezahlung der Sukkumbenzgelder sind frei der Königliche Fiskus, gemeinnützige und fromme Stiftungen, Gemeinden und Pfleglinge, wenn der Prozeß mit obrigkeitlichem Streitkonsense geführt worden [62]). — Die Theilnahme befreiter Streitgenossen kommt den übrigen zu Gute [63]).

Ist die Beschwerdeführung in der Hauptsache durchgängig für erheblich befunden und nur im Kostenpunkte bestätigt worden, so entspricht es der accessorischen Natur des letzteren, die Aufbürdung der Unterliegungstaxe zu unterlassen. Das Gleiche gilt, wenn auf eine Revisionsbeschwerde zwar keine eigentliche Abänderung, aber doch eine dem Revidenten zum Vortheil gereichende Verbesserung der Urtheilsfassung ergeht. — In Fällen, wo eine Revision wegen Mangels in den Formalien abgewiesen wird [64]),

62) Außerdem sind die Gemeinde-Vorsteher und Vormünder, welche den Streit ohne Ermächtigung führten, in das Sukkumbenzgeld zu verurtheilen.

63) OAGE. vom 19. Mai 1843 Nr. 890 39/40. Die Analogie der GO. XV §. 11 §. 10 spricht hiefür.

64) Nicht zu verwechseln mit Fällen, in welchen gegen ein wegen Mangels in Formalien abweisendes Erkenntniß zweiter Instanz Beschwerde geführt wird. Das ist nicht Revision, sondern Berufung gegen einen Ausspruch erster Instanz. OAGAkt. Nr. 400 41/42,

eben so in Extrajudizial-Beschwerdesachen [65]), findet die Auflegung eines Sukkumbenzgeldes nicht statt.

In Zumessung des Betrags ist allerdings auf etwaigen Streitmuthwillen oder andrerseits auf die Zweifelhaftigkeit der Sache, so wie auf das Vermögen des Revidenten Rücksicht zu nehmen [65a]).

Anhang,
die ordentlichen Rechtsmittel, in administrativ-contentiösen Sachen betr.

Die gesetzlichen Vorschriften über das gerichtliche Verfahren überhaupt, also die Gerichtsordnung mit allen zu derselben erlassenen Novellen bilden im Allgemeinen die Normen, nach welchen auch die administrativ-contentiösen Rechtssachen (vgl. B. I S. 166 f.) zu behandeln sind [1]). Was insbesondere die Novellen von 1819 und 1837 über die Appellation verordnen, ist eben so, wie von den Gerichten, von den Verwaltungsstellen resp. dem kgl. Staatsrathe in den ihrer Kompetenz zugewiesenen Civilprozeßsachen anzuwenden [2]). Indessen gibt es für diese in Ansehung einzelner Punkte spezielle Vorschriften [3]), welche

65) Vgl. OAGAkt. Nr. 637 39/40.

65a) Vgl. über die Forderung des aequitas, bei dem niedrigsten Maaße der Sukkumbenztaxe in allen zweifelhaften Fällen stehen zu bleiben, Bl. f. RA. Bd. XI S. 196.

1) Rescript des Ministeriums des Innern vom 2. Aug. 1820. (Döllinger Verordnungssammlung Bd. II S. 196. §. 7.)

2) So z. B. in Betreff der Uebergabe der Berufungsschrift bei der ersten Instanz und der von dieser zu bewirkenden Instruirung. Moritz Novellen Bd. IV S. 190.

3) Verordnung vom 8. Aug. 1810 (Regbl. S. 644—5) Tit. I

durch die allgemeinen Bestimmungen der gedachten Novellen nicht entkräftet wurden, sondern auch jetzt noch gelten. Was

1) die Berufungssumme betrifft, so beträgt diese für die Berufungen von Erkenntnissen der Kreisregierungen an den kgl. Staatsrath (Staatsraths-Ausschuß) — vierhundert Gulden, ohne daß hier Gleichförmigkeit oder Ungleichförmigkeit der Erkenntnisse der Vorinstanzen einen Unterschied macht [4]).

2) Das Berufungsfatale ist in administrativ-contentiösen Sachen, sowohl für Berufungen von der ersten zur zweiten, als für die von der zweiten zur dritten Instanz, auf 30 Tage festgesetzt.

Art. 2, 4; Tit. II. — Was die in Tit. III dieser Verordnung in Bezug genommene Stelle der GO. betrifft, so ist jetzt weder die Beilegung der Urtheilsabschrift, noch die Angabe des Publikationstages mehr nöthig. S. oben S. 67, 94.

4) Einer summa appellabilis bedarf es aber nicht in Fällen, wo es sich um ein jus perpetuum handelt. Tit. I Art. 4 der Vdng. vom 8. Aug. 1810. S. Note 3.

Sechzehntes Kapitel.

Von der restitutione in integrum, der Nullität und anderen remediis juris.

Sechzehntes Kapitel.

Von der restitutione in integrum, der Nullität und anderen remediis juris.

§. 1.

Von dem remedio restitutionis in integrum.

I.

Von der Restitution gegen Urtheile [1]).

1. Verhältniß zu ordentlichen Rechtsmitteln.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Urtheile hat die allgemeine Natur der Restitution, sie ist eine Rechtshülfe gegen die Strenge des

1) H. A. Moritz über das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen richterliche Urtheile, Landshut 1818; G. C. Burchardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Göttingen 1831; Martin Lehrb. §. 296; Dessen Vorlesungen Bd. II. S. 413; Bayer Vorträge edit. VIII. §. 332; Linde Lehrb. §. 424—5 und Handb. Bd. V. §. 276 f.; Heffter System §. 465 f.; Mittermaier d. gem. bürgerl. Proz. Beitr. 3 § III S. 69 f.

Rechtes aus Gründen der Billigkeit. Das strenge Recht besteht hier in der eingetretenen Rechtskraft eines Urtheils. Die Appellation gegen ein Urtheil setzt voraus, daß Rechtskraft desselben noch nicht eingetreten sei; die Nichtigkeitsklage (wegen unheilbarer Nichtigkeit) findet gegen Urtheile statt, welche der Rechtskraft unfähig sind; die Restitution gegen Urtheile, welche die Rechtskraft erlangt haben. So lange noch der Weg der Appellation oder Revision offen steht [2]), ist die Restitution ausgeschlossen [3]). Diese ist überhaupt nur ein subsidiäres Rechtsmittel; sie kann gegen Urtheile in Besitzstreiten und anderen nicht auf definitive Feststellung des Rechtsverhältnisses gerichteten Prozessen [4]) — nicht gesucht werden, weil hier der Verletzte durch Anstellung der zur Geltendmachung des Rechtes bestimmten Klage (petitorium) Wiederaufhebung

2) Die Verschließung kann sowohl durch Verzichtleistung als durch Zeitablauf geschehen. OAGE. v. 21. Okt. 1820 (Müller ca Dreßler); Bl. f. RA. Bd. III S. 381—3, Bd. VI S. 215—18; Seufferts Archiv Bd. I. S. 429, Bd. II. S. 151. Vgl. auch oben S. 130 Note 3. — Bei Urtheilen, welche in letzter Instanz gesprochen sind, gibt es ohnehin kein ordentliches Rechtsmittel.

3) Die neuen Behelfe können im Wege des ordentlichen Rechtsmittels benützt werden. S. oben S. 82 ff.; Bl. f. RA. Bd. XII S. 221, Bd. XIX S. 111, Bd. XX S. 48, 206, Bd. XXII. S. 79. Die neuen Rechtsbehelfe, welche im Wege der Restitution eingeführt werden wollen, ergeben sich entweder noch im Laufe der Verhandlungen oder nach eingetretener Rechtskraft des Erkenntnisses oder während der Instanz des gegen das Erkenntniß ergriffenen Rechtsmittels; im ersten Falle tritt die restitutio contra lapsum termini, im zweiten die contra sententiam., im dritten die Incident-Restitution im engeren Sinne ein.

4) Z. B. interdictum quod vi aut clam.

des erlittenen Nachtheiles erlangen kann [5]). — Sie fällt weg gegen Urtheile, welche eine Klage angebrachtermaßen abweisen, sofern die vorbehaltene neue Klage zur Gewährung der zu erstrebenden Abhülfe führen kann [6]).

2. Begründung durch Nova.

Die Restitution „kann anders nicht, als aus solchen „novis ergriffen werden, welche die Hauptsache selbst in „facto merklich alteriren, mithin nicht nur an sich erheb„lich, sondern auch vollständig und genug erwiesen sind."

Nach dieser Gesetzstelle sind

a) Zwang und Furcht, gespielter Betrug [7]) und Abwesenheit keine Gründe, aus welchen Restitution gegen ein Urtheil gesucht werden könnte [8]).

b) Das Restitutionsgesuch soll sich auf Nova gründen, d. h. auf neue in den bisherigen Verhandlungen nicht vorgekommene Thatsachen oder Beweismittel, von welchen Implorant früher „entweder nichts gewußt, oder „welche er wenigstens legal beizubringen ante sententiam „nicht vermocht hat" [9]).

5) Handelt es sich von einem Urtheile in possessorio summariissimo, so ist dem Verletzten in der Regel auch noch das possessorium plenarium vorbehalten.

6) Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen H. I S. 138.

7) Siehe jedoch in Bezug auf Minderjährige — unten den Abschnitt 3.

8) Soferne nicht die Thatsachen, welche solche Veranlassung des erlittenen Nachtheiles darstellen, zugleich als erhebliche nova in facto erscheinen.

9) Als Vorbringen einer neuen Thatsache erscheint es auch, wenn der Implorant, auf dem Grunde einer neuerdings er-

Neue Thatsachen können z. B. dazu dienen, eine neue Einrede [10]) gegen die rechtskräftig zugesprochene Forderung des Klägers zu begründen, neue Beweismittel das in dem Endurtheile gezogene Resultat der ihm vorhergegangenen Beweisführung verändern. Uebrigens kann sich auch das Vorbringen neuer Thatsachen auf die Beweisführung beziehen, wenn es sich z. B. davon handelt, einen Vermuthungsbeweis zu liefern, oder eine generelle Beweisauflage, über das Zustehen des Eigenthums oder eines Realrechtes, durch Nachweisung der Entstehungs-Thatsachen zu erschöpfen.

Um die Thatsachen oder Beweismittel, auf deren Grunde Restitution gesucht wird, als neu erscheinen zu lassen, ist nicht genug, daß sie in den früheren Verhandlungen nicht vorgekommen sind; sie dürften auch dem Restitutionssucher vor Erlassung des Urtheiles, gegen welches jetzt Restitution gesucht wird [11]), nicht bekannt gewe-

langten Kunde, ein früher gemachtes Zugeständniß widerruft oder modifizirt. Seufferts Arch. Bd. VII S. 344.

10) Ein ganz neuer Klagegrund oder eine neue Widerklage kann nicht mittelst der Restitution geltend gemacht werden, weil hiedurch ein ganz anderer, vom vorigen unabhängiger Prozeß entstehen, folglich die Identität des Streitverhältnisses, die Bedingung aller Rechtsmittel, hinwegfallen würde, ohnehin aber der Betheiligte, im Falle er wirklich eine neue Klage hat, diese in der Regel auf dem gewöhnlichen Wege gebrauchen kann, so daß es an dem Erforderniße der Verletzung zur Begründung der Restitution fehlen würde. Vgl. Kurhessische Zschr. a. a. O. S. 174.

11) Darunter ist, wenn Urtheile mehrerer Instanzen vorliegen, dasjenige zu verstehen, welches in letzter Instanz ergangen ist. Denn die während des Schwebens in der höhern Instanz zur Kunde gekommenen Nova hätten ja hier noch nachgetragen werden können. S. oben S. 92.

sen [12]), oder doch deren Beibringung in wirksamer Beschaffenheit vor dem gedachten Urtheile unmöglich gewesen sein [13]). — Liegt der früheren Unkunde oder der Unmöglichkeit früherer Geltendmachung eine nicht blos geringe Nachlässigkeit des jetzigen Imploranten zu Grunde, so ist die Restitution nicht zu bewilligen [14]). — Auch solche That-

12) Wenn die Partei, welche eine an bestimmtem Orte und zu bestimmter Zeit vorgefallene Thatsache beweisen sollte, schon vor der Beweisantretung gewußt hat, daß eine gewisse Person zur kritischen Zeit am kritischen Orte anwesend war, so ist ihr diese Person schon damals als Zeuge des Faktums bekannt gewesen, und sie kann dieselbe nicht als nachträglich aufgefundenen Zeugen produziren. Bl. f. RA. Bd. II S. 330—1, Bd. VI S. 269. Zu den Nichtwissenden gehören übrigens auch die sich nicht Erinnernden.

13) Weil etwa die Zeit zwischen der Bekanntwerdung des Novum und der Erlassung des Urtheils zu kurz war, oder weil der fragliche Zeuge abwesend und sein Aufenthalt unbekannt, oder weil das Original der Urkunde, deren Existenz man erfahren hatte, noch nicht aufgefunden war. — Auch in der Vorschrift der GO. X §. 13 Nr. 1 kann ein Hinderniß früherer Benützung gelegen gewesen sein.

14) Was von der Restitution im Allgemeinen Rechtens ist, gilt auch von der hier in Frage befindlichen Art derselben. (In dem Eingange des §en ist die Stellung des darin normirten Rechtsmittels unter den Gattungsbegriff der Restitution deutlich ausgesprochen.) Vgl. Martin Lehrb. §. 296. Für jede Restitution gilt aber der Grundsatz: „Non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis.“ Vgl. fr. 16 ex quibus causis majores (4, 6) mit fr. 7 pr. in fine de restitut. (4, 1). Bl. f. RA. Bd. II S. 330—1. (Nach einer minder strengen Ansicht hat das OAG. in dem in den Bl. f. RA. Bd. VIII S. 395 mitgetheilten Erkenntnisse geurtheilt.) Vergessenheit kann bei älteren Geschichten

sachen, welche sich erst nach dem Erkenntnisse begeben haben, können das Restitutionsgesuch begründen [15]).

c) Nur solche Nova, welche die Hauptsache selbst in facto [16]) merklich alteriren, begründen die Restitution. Würde sich die Wirkung darauf beschränken, daß der Partei, welche unbedingt obgesiegt hat, die Leistung eines nothwendigen (Erfüllungs- oder Reinigungs-) Eides aufzutragen wäre, so ist ein merkliches Alteriren nicht vorhanden [17]); eben so wenig, wenn die Restitution nur zu einer verhältnißmäßig unbedeutenden Aenderung in dem Betrage oder Umfange des Zu- oder Ab-erkannten führen würde. Dagegen ist es allerdings ein merkliches Alteriren, wenn die beigebrachten Nova geeignet scheinen, die Zuerkennung des Erfüllungseides, statt des früher dem Gegner aufgetragenen Reinigungseides, oder das Umgekehrte zu rechtfertigen; oder an der Stelle der ausgesprochenen Entbindung des Beklagten von der Klage die Zulassung des Klägers zum Erfüllungseide herbeizuführen [18]).

d) Will die Restitution durch neue Thatsachen begründet werden, so ist erforderlich, dieselben vollständig zu beweisen. Der Mangel der Vollständigkeit kann hier

nicht als negligentia zugerechnet werden. Vgl. OAGE. vom 6. Mai 1842 Nro. 677 $^{31}/_{38}$ Bl. f. RA. Bd. XII S. 175.

15) Ein erst nach dem Erkenntnisse gemachtes außergerichtliches Geständniß des Gegners.

16) Das Vorbringen neuer Rechtsgründe kann die Restitution nicht bewirken. — Dagegen können Partikulargesetze und Statuten, deren Existenz lange Zeit allgemein dem Gedächtnisse entschwunden war, bei ihrer Wiederauffindung als Nova zur Restitution benützt werden. Bl. f. RA. Bd. VI S. 385—8. Vgl. Kurhessische Zsch. a. a. O. S. 175.

17) v. Stürzer CGB. S. 817.

18) Vorausgesetzt, daß nicht dennoch der Kläger wegen bewiesener Einreden unterliegen müßte.

durch den Ergänzungseid nicht gehoben werden [19]). — Bei neuen Beweismitteln hingegen kommt es nicht darauf an, daß sie vollen Beweis der zu beweisenden Thatsache liefern, wenn sie nur eine merkliche Aenderung in dem Beweis-Resultate bewirken, auf welchem das angefochtene Urtheil beruht. Zur Gewährung der Restitution reicht es hin, wenn sich die merkliche Aenderung durch Zusammenwirken der vor dem Urtheile und der jetzt neu beigebrachten Beweismittel ergibt [20]).

e) Daß Implorant „von diesen novis entweder nichts „gewußt, oder sie wenigstens legal beizubringen ante sen„tentiam nicht vermocht habe" muß derselbe „auf gegen„theiliges Begehren [21]) mit einem Eide [22]) oder in an-

19) Dies gilt auch von dem Falle, wenn im Wege der Restitution ein früheres Geständniß widerrufen werden will (Bd. III S. 280). Die Restitution ist hier dadurch bedingt, daß die erst neuerlich in Erfahrung gebrachte Unwahrheit der früher zugestandenen Thatsache vollständig bewiesen wird. Will z. B. der debitor cessus, welcher in der frühern Verhandlung den Einwand des Anastasischen Gesetzes nicht gemacht hatte und rechtskräftig zur Zahlung des ganzen Forderungsbetrages verurtheilt ist, jenen Einwand im Wege der Restitution nachholen, so liegt ihm ob, vollständig zu beweisen, wieviel der Kläger weniger, als ihm zugesprochen, für die Forderung gegeben hat. Ueber Restitution gegen einen abgeleisteten Eid vgl. Kommentar Bd. III S. 393. Auch bezüglich eines Eides, der für abgeleistet erklärt wurde, gelten dieselben Grundsätze. OAGE. v. 17. Juni 1854. N. R. 1220. $^{52}/_{53}$. (Bl. f. RA. Bd. XXII S. 353 ff).

20) OAGE. vom 6. Febr. 1824 (Pfeifer u. Müller c^a^ Platzöder); vom 9. Febr. 1841 Nr. $586^{39}/_{40}$.

21) OAGE. vom 12. Dez. 1822 (Morgenstern c^a^ Gerbig); Bl. f. RA. Bd IV S. 76.

22) Ueber die Natur dieses Noven-Eides vgl. die Nov. von 1819 §. 7 Nr. 2.

„derem Wege darthun." — Wird in der Erklärung des Imploraten auf das Restitutionsgesuch die Neuheit des Vorgebrachten nicht beanstandet, so ist Implorant der Nachweisung dieser Eigenschaft überhoben [23]). Erklärt sich Implorant auf Verlangen bereit, den Noven-Eid zu leisten, sein Gegner erbietet sich aber zur Erprobung des Gegentheils [24]), so ist diesem Antrage unter Vorsteckung einer Frist stattzugeben [25]). Kommt es von der einen oder anderen Seite zu einer Beweisführung in Betreff der Neuheit, so ist sie, wie überhaupt bei Inzidentpunkten, summarisch zu pflegen [26]). — Ist der Restitutionssucher gestorben, oder die Restitution von den Erben einer Partei des früheren Prozesses gesucht, so genügt es, wenn die Erben den Noven-Eid in der Kredulitätsform ableisten [27]).

3. Restitution der Minderjährigen und juristischen Personen [28]).

„Minderjährige selbst sollen sich der Restitution contra „sententiam auf keine andere Weise, als ex novis zu er-

23) Bl. f. RA. Bd. IV S. 76.

24) „Daß dem Impetranten das angebliche novum vorhin schon „genügend bekannt und leicht beizubringen gewesen."

25) v. Stürzer CGB. S. 816. Im Falle Mißlingens oder unvollständigen Gelingens dieser Beweisführung kann der Implorat auf das Begehren des Noven-Eides nicht mehr zurückkommen.

26) Vgl. Komment. Bd. III S. 18.

27) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 395. Anderer Meinung v. Gutermann in den Bl. f. RA. Bd. VI S. 197.

28) Bl. f. RA. Bd. XI S. 332. Daß der Gegner eine gleichbegünstigte Person ist, steht dieser Restitution nicht im Wege. Vgl. OAGAkt. Nr. $833^{20}/_{21}$; $571^{34}/_{35}$; $943^{33}/_{34}$; Bl. f. RA. Bd. XIII S. 80. — War der Minderjährige

„freuen haben, es zeige sich denn, daß zu ihrem merk„lichen Nachtheile in processu etwas ihrerseits unterlassen, „oder andererseits gefährlicher Weise begangen worden sei."

Die Restitution wegen Minderjährigkeit [29]) ist durch eine, nicht blos unbedeutende, Verletzung bedingt. Daß der Prozeß verloren worden, macht an und für sich eine Verletzung nicht aus; eine solche ist aber vorhanden, wenn der Verlust im Kausalzusammenhange mit einer in Vertretung des Minderjährigen begangenen Versäumniß oder einer vom Gegner gespielten Gefährde steht [30]). Nicht jede Versäumniß dient zur Begründung der Restitution; wenn das Versäumte als unerheblich für den Ausgang des Prozesses erscheint, findet die Restitution nicht statt [31]):

nicht gehörig vertreten, so bedarf es, wegen der vorhandenen Nichtigkeit, der Restitution nicht. Vgl. fr. 16 pr. de minor. (4, 4).

29) Auf andere unter Kuratel stehende Personen und auf die Kuratelen von Vermögensmassen kann diese Rechtswohlthat nicht ausgedehnt werden. Kurhessische Zsch. f. R. u. Gs. H. 1 S. 143 Nr. 10. OAGE. v. 19. Nov. 1855 Nr. 859$^{54}/_{55}$ in den Bl. f. RA. Bd. XXII S. 88; Seuffert's Archiv Bd. X S. 455.;

30) Daß die rechtskräftige Sentenz nach der bisherigen Aktenlage ungerecht und verletzend war, ist für sich allein kein Restitutionsgrund für den Minderjährigen. (Anderes nach gemeinem R.; s. fr. 42 de minor. (4, 4), vgl. Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen. H. I S. 127). — Wohl aber kommt die Ungerechtigkeit des Urtheiles in Betracht, wenn die Restitution für den Minderjährigen auf dem Grunde eines Versäumnisses gesucht wird. S. unten Abschn. 6.

31) Mangelhaftigkeit der Rechtsausführung kann als erhebliche Versäumniß nicht angesehen werden, weil es dem Richter obliegt, das in dieser Beziehung den Parthei-Vorträgen

eben so wenig, wenn der gegnerische [32]) Betrug oder Zwang [32a]) in seinem Ergebnisse ohne entscheidenden Einfluß auf das Schicksal des Prozesses war. — Durch Vorausklagung des nachlässigen Vertreters (Vormundes) ist die Restitution der Minderjährigen nicht bedingt [33]).

Mangelnde zu ersetzen. GO. Kap. IV §. 8; v. Stürzer (CRB.) S. 819.

32) Ein von einem Dritten gespielter Betrug kommt nicht in Betracht, sofern nicht der Gegner dabei im Spiele war.

32a) Vgl. Kreittmayr Anmerk. zu GO. XVII §. 1 lit. m mit fr. 2 §. 8 de vi bon. rapt. (47, 8).

33) Eine andere (in den Bl. f. RA. Bd. I S. 17 adoptirte) Ansicht hat Kreittmayr in der Note b ausgesprochen. Allein 1) unter den remediis ordinariis, deren Uebrigsein die Restitution ausschließen soll, werden in Nr. 1 des §en nur Rechtsmittel gegen den Prozeßgegner aufgeführt. 2) Auch die Volljährigen haben sich der Restitution gegen Urtheile zu erfreuen, wenn die Ausklagung des nachlässigen Sachführers keinen Erfolg hatte (s. unten Abschnitt 4); die Minderjährigen würden also, wenn auch ihrerseits die Restitution durch eine solche Vorausklagung bedingt wäre, gar nichts voraus haben. Die Fassung des dritten Satzes in Nr. 2 des §. 1 gibt aber deutlich zu erkennen, daß die Minderjährigen in Bezug auf Restitution wegen Versäumnisse des Vertreters etwas voraus haben sollen. 3) Auch nach dem subsidiär zu berücksichtigenden gemeinem Rechte ist die Restitution der Minderjährigen durch vorgängige Belangung des Vormundes, welcher die Verletzung verschuldet hat, nicht bedingt. Const. 3 si tut. vel curat. interven. (2, 25): „Etiam in his, quae minorum tutores vel curatores male gessisse probari possunt: licet personali actione a tutore vel curatore jus suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari jampridem placuit.“ — 4) Auch das Bayer. LR. I,

Kirchen, Gemeinden und Korporationen [34]), fromme und gemeinnützige Stiftungen [35]) sollen den Minderjährigen in der Restitution gegen Urtheile gleichgeachtet werden. Für den königl. Fiskus [36]) aber soll das Motiv, daß zu seinem Nachtheile im Prozesse etwas unterlassen worden sei, ein Restitutionsgrund nur unter der Voraussetzung sein, wenn a) der prozeßführende Fiskal gegen seine Instruction oder Vollmacht [37]) etwas unterlassen hat, wovon der Verlust des Prozesses die Folge war, und b) die Erholung

7 §. 30 Nr. 1 stimmt überein. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XII S. 89* und das daselbst mitgetheilte OAGE. v. 23. Febr. 1847 RNr. 938$^{11}/_{15}$, welches die im Texte aufgestellte Ansicht ausspricht.

34) Kreittmayr in den Anmerk. zum Landrechte Th. I Kap. VII §. 36 Nr. 8. „Jure Minorum gaudiren .... in Summa all' andere approbirte Communitäten, Corpora vel Collegia." Es macht also keinen Unterschied, daß die als Rechtssubjekt vom Staate anerkannte Gemeinheit Zwecken des Erwerbes oder der Geselligkeit gewidmet ist.

35) Zu den piis causis gehören, außer den religiösen, auch alle gemeinnützigen Stiftungen, wenn gleich der Begriff der Wohlthätigkeit im engeren Sinne nicht darauf passen sollte, insbesondere die Anstalten und Stiftungen für Erziehung und Bildung, und zwar sowohl im Gebiete der Wissenschaft als in dem der Kunst. Der Begriff der Gemeinnützigkeit darf nicht im Sinne eines handgreiflichen materiellen Nutzens aufgefaßt werden. Gemeinnützig ist Alles, was die Entwickelung der Menschheit befördert, und wer wollte bezweifeln, daß die schönen Künste diesen Zweck fördern?

36) Nov. v. 1837 §. 39. In Ansehung des älteren Rechtes vgl. Vdng. v. 6. März 1759 und 16. Aug. 1779. (Nov. Samml. I 298—9.)

37) D. h. gegen die ihm in Bezug auf den verlorenen Prozeß ertheilte Instruktion oder Vollmacht.

der Entschädigung für das Staatsärar wegen Insolvenz des Fiskals nicht möglich gewesen ist.

Die Restitution auf dem Grunde der Minderjährigkeit und Quasiminderjährigkeit kommt Streitgenossen, welche sich gleicher Rechtsbegünstigung nicht zu erfreuen haben, nur insofern zu Gute, als sich die Gerechtsame des Minderjährigen oder der juristischen Person von der ihrigen nicht absondern läßt [38]).

4. Restitution im Falle Prozeßverlustes durch Verschulden des insolventen Anwaltes [38a]).

Die GO. bestimmt in Kap. VII §. 10:

„Der Anwalt ist seinem Principal nicht nur allen „Schaden, welchen er ihm durch seinen Unfleiß „oder Verschulden [39]) zugefügt hat, zu vergüten „schuldig, sondern wenn er nicht mehr solvendo ist, „so soll .... mit Restituirung des Prinzi„pals gleichwohl die Billigkeit beobachtet „werden."

Daß zufolge dieser Gesetzstelle Restitution gegen Urtheile gesucht werden könne, läßt sich im Hinblicke auf §. 39 Abs. 3 der Novelle von 1837 nicht bezweifeln. Nach

38) GO. XVI §. 1 Nr. 12. In den Anmerk. heißt es: „Causa individua aber wird in diesem Falle genannt, wenn das Recht des Minderjährigen mit dem Rechte anderer Litiskonsorten dergestalt verknüpft ist, daß er das seinige nicht wohl genießen kann, insoferne nicht zugleich die anderen in den Mitgenuß aufgenommen werden." Vgl. OAGE. v. 19. Dez. 1827 (Egerer c^a Fiskus).

38a) Seitz im Arch. f. prakt. Rechtswissensch. Bd. I S. 133; Emminghaus ebd. Bd. III S. 67.

39) Hieher gehören insbesondere Versehen des Anwaltes in der materiellen Rechtsvertheidigung.

dieser neuesten Vorschrift soll die Bestimmung des Kap. VII §. 10 der GO. analoge Anwendung finden, wenn der Verlust des Prozesses Folge instruktionswidriger Unterlassung des insolventen Fiskals war. Eine Restitution nach verlorenem Prozesse kann nur restitutio contra sententiam sein [40]). Bei Fiskalen findet sie in analoger, bei Anwälten volljähriger Personen in direkter Anwendung der angeführten Stelle der GO. statt. Hierin zeigt sich die Bedeutung der Schlußstelle des §. 38 Abs. 1 der Novelle von 1837:

„vorbehaltlich dessen, was im cod. jud. cap. VII §. 10 verordnet ist."

Es soll zwar im Laufe des Prozesses ein Verschulden des Anwaltes kein Grund der Restitution gegen Versäumniß von Fristen und Terminen sein; ist aber der Prozeß in Folge des anwaltlichen Verschuldens verloren gegangen [41]), so kann der Unterliegende, im Falle der Insolvenz des Anwaltes, Restitution gegen die Sentenz begehren.

5. Restitutionsfrist.

In Ansehung der Zeit, binnen welcher die Restitu=

40) Der Kgl. Justizminister Frhr. v. Schrenk, hat in der Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 10. Okt. 1837 von der hier in Frage befindlichen Rechtswohlthat geäußert: sie bestehe darin, „daß er (der Fiskus), wenn etwas zu seinem Nachtheile im Prozesse geschehen ist, und er Schaden dadurch gelitten hat, gegen die ihn beschädigende Sentenz Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen kann." Dabei bemerkte der Redner, daß eine solche Rechtswohlthat selbst den Volljährigen in Cod. jud. cap. VII §. 10 zugestanden sei. S. Verh. der K. d. Abg. von 1837 Bd. XX S. 232—46. (Moritz Real=Kommentar S. 432.)

41) Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. IV S. 13—15.

tion gesucht werden muß, bestimmt die GO. XVI §. 1 Nr. 3:

„Soll sie von der Zeit an, da sich obgedachte nova „vermöge abgelegten Eides hervorgethan haben, oder „wenn es noch während der Minderjährigkeit gesche= „hen ist, von der Zeit der nach hiesigen Landrechten, „oder sonst aus spezieller Gnade erlangten Majorenni= „tät, längstens innerhalb vier Monaten sub „poena desertionis angebracht werden [42]).“

Bei „Kirchen, Gemeinden, causae piae und derglei= chen,“ soll die Restitutionsfrist (fatale quadrimestre) „von der Zeit an, da sich die angeblichen nova hervorge= „than haben, oder wenn sie nicht ex capite novorum, „sondern ob laesionem ex propria negligentia vel dolo „adversarii restituirt zu werden verlangen, a die publica- „tae sententiae [43]), oder im Falle sich die Läsion erst nach

42) Diese Vorschrift gilt auch für den Fall, wenn gegen die während der Minderjährigkeit erlittene Verletzung nicht auf dem Grunde neuen Vorbringens, sondern wegen begange= nen Versäumnisses oder gegnerischer Gefährde Restitution gesucht wird.

43) D. h. derjenigen Sentenz, welche die (durch die Restitution zu reszindirende) Rechtskraft beschritten hat. Wenn die Nach= lässigkeit in den Verhandlungen der ersten Instanz begangen war, der Verletzte aber durch ordentliche Rechtsmittel Ab= hülfe gesucht hat, so läuft die Restitutionsfrist erst von Kund= machung des ober= resp. oberstrichterlichen Urtheiles.— War das Versehen im Vorbereitungsverfahren vorgekommen, und darauf zunächst ein Beweisinterlokut gefolgt, so sind die Worte „a die publicatae sententiae“ auf dieses zu beziehen, soferne nicht erst durch das Definitiverkenntniß die Einsicht über die Verletzung erlangt wurde. Bl. f. RA. Bd. XXII S. 81.

„der Hand geäußert hätte [44]), von dieser Zeit ihren Anfang nehmen."

Bei der Restitution im Falle Prozeßverlustes durch Verschulden des insolventen Anwaltes kann die Frist erst von der Zeit gerechnet werden, da sich die Insolvenz des Anwaltes herausgestellt hat.

Die Restitutionsfrist ist eine Nothfrist (fatale); Verlängerung durch den Richter findet nicht Statt; die Einhaltung der Frist gehört mit zur Begründung des Restitutionsgesuches, und kann und muß Gegenstand der amtlichen Prüfung sein [44a]).

6. Gericht, bei welchem die Restitution zu suchen ist.

Die GO. bestimmt hierüber in Nr. 4: „allezeit vor „dem Richter erster Instanz, ungeachtet etwa die Sentenz „von dem obern Richter ergangen ist."

Als Motiv dieser Vorschrift ist in den Anmerkungen

44) Z. B. erst bei später eingetretenem Beamtenwechsel wird entdeckt, daß der frühere Stiftungsbeamte eine ihm vorgelegene Urkunde nicht benützt, und dadurch den Verlust des Prozesses herbeigeführt habe. (Ein Fall der restit. ex capite novorum ist dies nicht, weil ja die fragliche Urkunde dem damaligen Vertreter der moralischen Person nicht unbekannt war.) — Die fragliche Stelle der GO. kann aber nicht so verstanden werden, daß die Nothfrist neu zu laufen beginne, wenn der Verletzte, resp. sein Vertreter, erst später aus der nachherigen Entwickelung des Prozesses, oder durch die Deutung, welche der Richter der fraglichen Sentenz gibt, zur Einsicht über die rechtlichen Folgen der begangenen Nachlässigkeit oder vorgefallenen Unterlassung gekommen zu sein behauptet. Bl. f. RA. Bd. I S. 19.

44a) Schäffer in der Zeitschr. f. Civilrecht und Prozeß N. F. Bd. IX S. 103 ff.

unter Bezugnahme auf fr. 17 de minoribus (4, 4) angegeben: „weil sie (die Restitution) sich nicht auf Ungerechtigkeit oder Unerfahrenheit des Richters, sondern auf „Ursachen, welche des Richters Ehre nicht angreifen, fun„dirt." Dieser Grund paßt nicht auf alle Fälle der Restitution gegen Urtheile [45]), insbesondere nicht auf diejenigen, welche durch die Vorschriften der Novelle von 1837 hinzugekommen sind. Aus dem Grunde der Minderjährigkeit oder Quasiminderjährigkeit (der juristischen Personen) findet jetzt Restitution gegen Ablauf der Berufungsfrist nicht mehr Statt (s. unten Abth. II dieses §en); wohl aber Restitution gegen das durch den Ablauf der Berufungsfrist rechtskräftig gewordene Urtheil, vorausgesetzt, daß dessen Inhalt den Restitutionssucher wirklich verletzt hat. Ob nun dies der Fall gewesen, kann offenbar nicht derselbe Richter, sondern nur der höhere beurtheilen. Darum erscheint es als ein nothwendiger Folgesatz, daß hier die Restitution gegen das rechtskräftige Urtheil nicht in der ersten Instanz, sondern bei dem höheren Richter, an welchen rechtzeitig zu appelliren früher versäumt worden, gesucht werden müsse. Die allgemeine Vorschrift der G.O. steht nicht entgegen; Fälle der hier in Frage befindlichen Art hatte der Gesetzgeber dabei nicht vor Augen. „Etsi maxime verba legis hunc

45) Bl. f. RA. Bd. I S. 399 f.; wo ein oberrichterliches Urtheil mitgetheilt ist, in welchem angenommen wurde, daß eine nach eingetretener Rechtskraft des Endurtheiles, wegen der durch Unterlassung der Berufung gegen das Beweisinterlokut erlittenen Verletzung, auf dem Grunde der Minderjährigkeit gesuchte Restitution — bei dem für die Appellation gegen das Beweisinterlokut zuständigen Obergerichte anzubringen sei.

habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult [46]).

Ueber die Inzident-Restitution bei der Begründung der Appellation durch Nova s. oben S. 85 f. und 102 ff. [46a]).

7. Restitutionsgesuch und Restitutionsverfahren.

Hierüber gelten folgende Grundsätze:

1) Das Restitutionsgesuch muß die Verletzung bezeichnen, welche Implorant durch das Urtheil erlitten zu haben vermeint, hiernächst die Begründung (durch neue Thatsachen, neue Beweismittel, Minderjährigkeit, resp. Quasiminderjährigkeit mit Angabe der nachtheiligen Unterlassung oder der gegnerischen Gefährde, — Verschulden des Anwaltes und Insolvenz desselben) vortragen [47]), und mit einer die erstrebte Abhülfe ausdrückenden Bitte schließen [48]). Bei

46) Fr. 13 §. 2 de excus. (27, 1). Vgl. fr. 17 de legibus und Savigny Röm. R. Bd. I §. 37 S. 230 ff. Ueber das gemeine Recht vgl. Seuffert's Arch. Bd. X S. 444.

46a) Vgl. auch Seuffert's Archiv Bd. II S. 440; Bl. f. RA. Bd. XIX S. 111, 395. Bd. XX S. 48, 206. Bd. XXII S. 79.

47) Der Mangel einer bestimmten Zeitangabe über das Auffinden der Nova ist nicht schädlich; indem der Zeitpunkt der Auffindung erst durch Beanstandung der Neuheit von Seite des Gegners relevant wird. S. Bl. f. RA. Bd. IV S. 76 Nr. 2. Diese Beanstandung kann aber sodann eine nähere Zeitangabe nothwendig machen. Vgl. auch OAGE. vom 8. März 1853 Nr. $1666^{16}/_{17}$. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 48*.

48) Sollen mittels der Restitution, nachdem dem rechtskräftigen Interlokute auch bereits ein rechtskräftiges Enderkenntniß gefolgt, neue Thatsachen geltend gemacht werden, so ist um Reszission der beiden Erkenntnisse zu bitten. S. auch Note 45.

Restitutionsgesuchen auf dem Grunde neuer Thatsachen hat die Antretung des erforderlichen Beweises sogleich mit Anbringen des Gesuches zu geschehen [49]). Neue Urkunden sind wenigstens in Abschrift dem Restitutionsgesuche beizulegen, bei neuen Zeugen die Artikel, worüber sie vernommen werden sollen, sofort mit demselben einzureichen [50]), Das in dem früheren Prozesse nicht vorgekommene Erbieten zum Erfüllungseide kann mit dem Restitutionsgesuche nicht nachgeholt werden; wenn nicht die frühere Beweisantretung (z. B. blos durch Eideszuschiebung) von der Art war, daß dabei ein Erbieten zum Erfüllungseide gar nicht vorkommen konnte [51]).

2) Der Richter prüft das Restitutionsgesuch, wie eine Klage. Waren die als neu vorgebrachten Thatsachen schon in den früheren Verhandlungen [52]) vorgekommen oder sind sie unerheblich, erscheinen die angeblich neuen Beweismittel als altbekannt oder als nicht geeignet, das urtheilsmäßige Resultat der früheren Beweisführung merklich zu verändern, oder muß nach dem eignen Vorbringen des Imploranten die Versäumung der Restitutionsfrist angenommen werden, so erfolgt Abweisung des Restitutionsgesuches von der Gerichtsschwelle [53]). Fehlt es blos an einer solchen Beweisantretung über die neuen Thatsachen, welche Lieferung

49) Kann sie anders nicht als aus solchen novis ergriffen werden, welche . . . . vollständig und genug erwiesen sind."

50) Ueber die Zulässigkeit neuer Artikel im Restitutionsverfahren — Bl. f. RA. Bd. VII S. 272, Bd. VIII S. 399.

51) v. Gutermann in den Bl. f. RA. Bd. VI S. 201.

52) D. h. in den dem angefochtenen Urtheile vorhergegangenen.

53) GO. XVI §. 1 Nr. 8. Bei Kollegialgerichten ist hiezu ein Kollegialbeschluß erforderlich. Bl. f. RA. Bd. VI S. 176.

vollständigen Beweises in Aussicht stellt, so wird das Gesuch — bei noch laufender Frist — „angebrachtermaßen" abgewiesen.

Stellt sich das Gesuch als geeignet zur Verhandlung dar, so wird zu diesem Zwecke Tagfahrt anberaumt [54]), und zwar mit dem Bedeuten, daß im Falle Nichterscheinens des Imploraten mit dem Beweise der Nova, resp. mit Benützung der neuen Beweismittel, weiter verfahren werden solle. Sind mit dem Restitutionsgesuche Urkunden vorgelegt, oder hat der Implorant den Beweis einer neuen Thatsache durch Eideszuschiebung angetreten, so ist in der Ladung der Implorat (nach den in Bd. III S. 189—190 und S. 378 vorgetragenen Regeln) zur Erklärung darüber aufzufordern [55]). Bestreitet der Implorant in der Tagfahrt das Dasein der Restitutions-Erfordernisse, resp. die Statthaftigkeit oder Erheblichkeit der neuen Beweisführung, so wird hierüber Verhandlung gepflogen, und nach deren Schluß entweder auf Abweisung des Restitutionsgesuches [56]) erkannt, oder in Ansehung der zu erhebenden Beweise pro-

54) In schriftlich verhandelten Sachen wird schriftliche Erklärung abgefordert. — v. Gutermann (Bl. f. RA. Bd. VI S. 179) bemerkt ganz richtig, daß in den Fällen, wo der Gegner nur die Neuheit der fraglichen Behelfe in Zweifel zieht, der Stoff zu einer weiteren Verhandlung ermangele. Das auf das Restitutionsgesuch erlassene Dekret begründet kein Präjudiz für die nach gepflogener Verhandlung vorzunehmende Prüfung der Neuheit und Erheblichkeit der Beweisgründe, auf welche das Restitutionsgesuch gebaut wurde. Seuffert's Archiv Bd. I S. 428.

55) Die Eventualmaxime rechtfertigt es, diese Erklärung schon in dem ersten Dekrete auf das Restitutionsgesuch abzufordern. Vgl. Komment. Bd. I S. 402.

56) Vgl. v. Gutermann a. a. O. S. 180.

zeßleitende Verfügung erlassen [57]). Solche Verfügung ergeht zunächst über Ableistung des Noveneides, wenn Implorant, nachdem Implorat die Nachweisung der Neuheit verlangt, sich dazu erboten hat [58]). — Gegen die Beweisführung über neue Thatsachen hat Implorat das Recht der Gegenbeweisführung ohne Beschränkung [59]); insbesondere können wider die neuen Beweismittel auch solche Gegenbeweismittel benützt werden, welche der Implorat schon früher gekannt und zu benützen nicht gehindert war [60]). — Da es sich hier nicht von einer ordentlichen, durch Beweisinterlokut eingeleiteten Beweisführung handelt, so sind über die Aussagen neuer Zeugen, resp. der über die neuen Thatsachen vernommenen Zeugen, Deduktionsschriften nicht zuzulassen [61]).

3) Die beiden Fragen:

a) ob die Restitution zu ertheilen?

b) wie das frühere Erkenntniß in Folge derselben abzuändern?

57) Hat sich Implorat an der abgeforderten Erklärung über Urkunden oder Eideszuschiebung versäumt, so kann es auch sofort zum Enderkenntnisse kommen.

58) Will Implorant die Neuheit auf andere Weise darthun, so ist ihm durch Prälokut hiezu eine Frist vorzustecken. S. übrigens oben S. 185 lit. e.

59) Es ist der Eventualmaxime entsprechend, die Aufforderung zur etwaigen Gegenbeweisführung schon in dem das Restitutionsgesuch mittheilenden Dekrete zu erlassen. v. Gutermann a. a. O. S. 204.

60) OAGE. v. 17 Juni 1851 Nr. $1297^{19}/_{50}$. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 296.

61) Die das Verfahren betreffende Vorschrift (XVI §. 1 Nr. 4) enthält keine Hinweisung auf die Formen des ordentlichen Zeugenbeweises, trägt vielmehr das Gepräge des summarischen Verfahrens.

werden sowohl in der Verhandlung als in dem nach durchgeführtem Verfahren ergehenden Urtheile zusammengefaßt und, wo nicht Abweisung des Restitutionsgesuches erfolgt, mit der Reszission der angefochtenen Sentenz zugleich von neuem in der Sache selbst erkannt [62]).

8. Suspensiveffekt eines Restitutionsgesuches [63]).

Ein Restitutionsgesuch, welches vor dem Endurtheile gegen einen in Rechtskraft übergegangenen, selbstständig appellablen Zwischenbescheid, z. B. das Beweisinterlokut gerichtet wird, und die Grundlage des weiteren Verfahrens zu verändern strebt, hemmt den Fortgang desselben [64]).

Ein Restitutionsgesuch nach ergangenem Endurtheile soll einen Aufschub der Exekution nur in sofern bewirken, als

„die causa restitutionis, oder das angebliche novum
„so weit deduzirt und bescheinigt ist, daß der Richter
„leicht erachten kann, es sei nicht ohne Grund."

Auch kann ein Restitutionsgesuch immer nur Aufschub der noch bevorstehenden Exekutionshandlungen, nicht Rückgängigmachung der schon vollzogenen bewirken [65]), z. B. nicht die Zurückgabe der bereits gerichtlicher Beschlagnahme unterworfenen Sachen.

62) GO. XVI §. 1 Nr. 9.

63) GO. XVI §. 1 Nr. 7.

64) Bei gemeinschaftlicher Verhandlung mehrerer Klagposten kann, wenn das Restitutionsgesuch nur einen derselben betrifft, Separation eintreten.

65) „Hat gegenwärtiges Remedium nur insoferne effectum suspensivum, als es noch vor wirklicher Exekution gebührend interponirt . . ." Vgl. Seuffert's Arch. Bd. VIII S. 310; Bl. f. RA. Bd. XXII S. 90.

Kann der Sieger im Hauptprozesse für den Fall seines Unterliegens im Restitutionsverfahren Kaution stellen, so fällt der Aufschub der Urtheilsvollstreckung weg [66]).

9. Rechtsmittel gegen Urtheile über das Restitutionsverfahren.

Jeder Partei, welche durch Abschlagung oder Bewilligung der Restitution beschwert zu sein glaubt, steht — bei dem Dasein der allgemeinen Voraussetzungen — der Appellationsweg an den höheren Richter offen. — Ein weiteres Restitutionsgesuch kann nur stattfinden, wenn es andere Punkte betrifft, oder auf andere, erst neuerlich vorgekommene, resp. in Erfahrung gebrachte, Nova gebaut ist [67]). — Restitutionsgesuche gegen Versäumniß der Restitutionsfrist sind nach den unter II vorgetragenen Grundsätzen zu beurtheilen [67a]).

II.

Von der Restitution gegen das Versäumniß von Fristen oder Terminen.

Hierüber verordnet die Novelle von 1837 §. 38 [68]):

66) Novelle vom 24. Sept. 1766 (Nov. Sammlung I, S. 300).

67) Bl. f. RA. Bd. I S. 20

67a) Ueber Restitution gegen Präklusivsentenzen vgl. Seuffert's Arch. Bd. X S. 154.

68) Von der früheren Gesetzgebung abweichend, indem diese a) die Minderjährigkeit als Grund der Inzident-Restitution zugelassen; b) jede rechtserhebliche Ursache, ohne nähere Bestimmung für hinreichend erklärt; c) sich mit Bescheinigung des Restitutionsgrundes begnügt, und d) in Ansehung der Zeit bestimmt hatte, daß die durch den Eintritt des Hindernisses unterbrochene Frist nach Beseitigung

„Gegen das Versäumniß von Fristen oder Terminen „findet Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Cod. jud. „cap, XVI §. 1 Nr. 11) nur dann statt, wenn nachgewie- „sen wird, daß sowohl der Einhaltung der Frist oder des „Termines, als der Stellung eines Gesuches um Verlän- „gerung oder Verlegung eine rechtserhebliche Ursache (§. 35 „und 36) im Wege gestanden sei; vorbehaltlich dessen, „was im cod. jud. cap. VII §. 10 verordnet ist."

„Das Gesuch muß bei Strafe des Ausschlusses inner- „halb einer unerstrecklichen Frist von 14 Tagen von der „Zeit an, wo sich das Hinderniß gehoben hat, angebracht „werden [69]). Mit demselben ist unter dem nämlichen „Rechtsnachtheile die versäumte Handlung zu verbinden."

„Ueber das rechtzeitig angebrachte Gesuch ist in der „Regel der Gegentheil unter Ansetzung einer kurzen Frist „oder in einem anzuberaumenden Termine, mit Androhung „des Rechtsnachtheiles, daß das Gesuch für bewilliget „erachtet werden würde, zu vernehmen."

desselben fortlaufe, und die Restitution vor deren Ablauf zu suchen sei. S. die folgende Note.

69) Ueber das Gericht, bei welchem das Gesuch anzubringen, bestimmt die GO. XVI §. 1 Nr. 11: „Zweitens soll dieselbe „contra lapsum fatalium aut termini praejudicialis alle- „zeit innerhalb so vieler Zeit, als man zuvor re adhuc „integra gehabt hätte, und zwar im ersteren Falle bei „dem höheren Richter, im letzteren aber bei dem „Richter, welcher den terminum praejudicialem „ertheilt hat, gesucht werden." Das Letztere ist aber nicht so zu verstehen, daß das Restitutionsgesuch bei dem Oberrichter anzubringen sei, wenn z. B. ein Beweistermin versäumt worden, welchen der Oberrichter in einem abändernden Berufungs-Erkenntnisse vorgesteckt hat. S. Bl. f. RA. Bd. IV S. 415.

Zur Erläuterung dieser Gesetzesvorschrift wird bemerkt:

1) Voraussetzung der hier bestimmten Rechtshülfe ist, daß eine Frist oder ein Termin versäumt, d. h. nicht eingehalten worden [70]). Wurde die Frist wirklich eingehalten, und die Versäumniß vom Richter nur aus Irrthum angenommen, so ist der Fall nicht zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sondern zur Abhülfe durch Zurücknahme des aus Irrthum erlassenen Dekretes geeignet [71]).

Wenn die Handlung, für welche die Frist oder der Termin bestimmt war, wirklich vorgenommen wurde, sich aber später zeigt, daß ein gewisses sachdienliches Vorbringen unterblieben und aus dieser Unterlassung Nachtheil erwachsen ist, so kann zwar keine Restitution gegen Fristversäumniß vorkommen, wohl aber eine Inzidentrestitution gegen den Ablauf der Frist, zu dem Ende, um das unterbliebene Vorbringen nachzutragen. — Hieher gehört die Nachbringung neuer Einreden nach GO. Kap. VI §. 13 a. E., sowie neuer Beweismittel zufolge Kap. IX §. 13 [72]).

70) Daß die Vorschriften der §§. 38 u. 39 auch auf die Nothfristen der höheren Instanzen zu beziehen seien, erhellt aus der in der Ueberschrift des Abschnittes vorkommenden Allegation der GO. XVI, §. 1 Nr. 11, welche Stelle von der restitutio contra lapsum fatalium aut termini praejudicialis spricht.

71) S. Bd. II S. 291, Bd. III S. 431, Bd. IV S. 135. — Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 73, Bd. VII S. 289.

72) S. auch in Betreff des Widerrufes früherer Geständnisse — oben Note 9, 16; in Betreff des Widerrufes einer früheren Eideszuschiebung Kreittmayr in den Anmerk. zur GO. XIII §. 2 Nr. 5: „Wie aber, wenn sich post acceptationem aut relationem nova reperta hervor thun? — in

Hat der Richter bereits die nachtheilige Folge des Versäumnisses in einem Kontumazial- oder Desertionserkenntnisse ausgesprochen, ohne daß zuvor der dadurch Benachtheiligte über den Vorwurf des Versäumnisses gehört war [73]), so ist mit dem Gesuche um Restitution gegen das Versäumniß die Bitte um Zurücknahme des in Folge des Versäumnisses ergangenen Erkenntnisses zu verbinden. Da dieses ohne Vernehmung beider Theile über die motivirende Thatsache erlassen worden, so unterliegt die Zurücknahme durch denselben Richter nach GO. XIV §. 1 §. 9 pr. und §. 11 Nr. 3 keinem Bedenken [74]). Nur gegen das Versäumniß wird hier Restitution gesucht, die Bitte um die Zurücknahme des Erkenntnisses hat die Natur der Remonstration. Ob mit dem Kontumazialausspruche folgeweise zu-

diesem Falle wird revocatio juramenti delati von keinem Autor diffikultirt." — Die Zulassung der vor dem Urtheile geschehenden Nachtragung neuer Einreden oder Beweismittel ist zwar im Gesetze nicht ausdrücklich als Restitution bezeichnet; aber der Beschaffenheit der Sache nach steht sie unter diesem Begriffe; auf den Namen kommt es überhaupt nicht an. — Soll die Nachbringung neuer Einreden erst geschehen, nachdem ein in Mitte liegendes Interlokut rechtskräftig geworden, so ist der Fall einer restit. contra sententiam gegeben. Vgl. Bl. f. RA. Bd. I S. 399 f.

73) Ein solches Gehör hat stattgefunden, wenn in der verspäteten Beweisantretung oder Berufungsschrift oder mit Einreichung derselben um Restitution gegen Nichteinhaltung der Beweis-, resp. Berufungsfrist gebeten wurde. — Aber wie häufig kommt es vor, daß eine Partei oder ihr Anwalt erst durch das Kontumazial- oder Desertions-Erkenntniß von der stattgefundenen Versäumniß Kunde erhält?

74) Vgl. GO. 5 §. 11 Nr. 7; Komment. Bd. III S. 431, 463.

gleich in der Hauptsache erkannt worden, macht keinen Unterschied; nicht darauf, was erkannt worden, kommt es an, sondern auf den Umstand, daß es ohne Vernehmung beider Theile über die motivirende Thatsache geschah [75]. Anders verhält es sich, wenn das Erkenntniß in der Hauptsache nicht zugleich mit dem Kontumazialausspruche, sondern erst später erfolgte, nachdem mittlerweile die Frist zur Restitution gegen das Versäumniß unbenützt verstrichen war; nun ist die Restitution gegen das Versäumniß, und damit auch die Zurücknahme der durch dieses motivirten richterlichen Dekrete ausgeschlossen.

2) Zur Begründung des Restitutionsgesuches wird erfordert [76], daß „sowohl der Einhaltung der Frist oder „des Termines, als der Stellung eines Gesuches um Verlängerung [77] oder Verlegung eine rechtserhebliche Ursache im Wege gestanden sei." Eine rechtserhebliche Ursache des Versäumnisses ist als vorhanden

75) Gönner hat dies bei Aufstellung seiner abweichenden Meinung (Komment. zur Nov. von 1819 S. 282, 293) nicht erwogen. Wenn die Beweisantretung des Klägers, als um einen Tag verspätet, zurückgewiesen und zugleich folgeweise auf Entbindung des Beklagten von der Klage erkannt wird, so kommt bei dem Dasein eines Restitutionsgrundes die Berufung an den höheren Richter erst dann in Frage, wenn der erste Richter Restitutionsgesuch mit Remonstration als unbegründet verworfen hat. — Gönner's Meinung mag nur da gelten, wo das Versäumniß (z. B. einer nach Lage der Sache unwesentlichen Duplik) in Bezug auf den Inhalt der Sentenz nicht als motivirende Thatsache erscheint.

76) Abgesehen von dem Falle, wenn der Gegner sich für die Bewilligung erklärt; Bl. f. RA. Bd. VII S. 320.

77) Bei Nothfristen kann natürlich von Verlängerung keine Rede sein.

anzunehmen [78]), wenn ein unverschuldetes [79]) Hinderniß [80])

a) „dem Gesuchsteller das Handeln oder das Erscheinen bei der Verhandlung und in demselben Maaße auch die Bestellung und Unterrichtung eines Bevollmächtigten [81]), oder

78) Vgl. §. 35, 36 der Nov. von 1837.

79) Auch schon geringes Verschulden ist nachtheilig. Indessen ist auf die Beschaffenheit des Handelnden, auf dessen Geschlecht, Alter, Geistes- oder Körperkräfte u. dgl., als auch auf andere begünstigende oder hindernde Umstände, Zeit- und Ortsverhältnisse u. dgl. billige Rücksicht zu nehmen. Fr. 137 §. 2 de V. O. (45, 1): „et magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est, ad virum bonum remittamus.“ Vgl. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 31.

80) Das Hinderniß kann auch in einem Irrthume der Partei oder des Anwaltes bestehen, in welchem Falle die Wirksamkeit für die Restitution von der Entschuldbarkeit abhängt. Bl. f. RA. Bd. I S. 319. In einem vorgekommenen Falle hat das OAG. die Verwechselung der Brief- und Fahrpost als ein entschuldbares Versehen betrachtet. Bl. f. RA. Bd. V S. 192 lit. f. — In einem anderen Falle wurde der durch Verleitung des Gegners irrenden Partei Restitution ertheilt. Bl. f. RA. Bd. V S. 110. — Daß der Insinuationstag von der Partei dem Anwalte unrichtig angegeben war, ist kein Restitutionsgrund. Bl. f. RA. Bd. I S. 319. — Die Strenge des in den Bl. f. RA. Bd. VI S. 221 angef. Urtheiles ist nicht zu billigen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 238, Bd. XV S. 139. Seuffert's Archiv Bd. I S. 426.

81) Hieher gehören verzögerte Beigebung eines Offizialanwaltes und Verspätung der Akteneinsichts-Gestattung. Bl. f. RA. Bd. V S. 192.

b) „dem unterrichteten Bevollmächtigten das Handeln „oder Erscheinen in Person oder auch durch einen Bevoll= „mächtigten unmöglich gemacht [82]), oder

c) „die Erlangung der erforderlichen Aufklärung oder „Beweismittel des angewendeten größten [83]) Fleißes unge= „achtet verzögert hat."

Verschulden des Anwaltes ist kein Grund, eine Inzi= dent=Restitution für die Parthei zu erwirken; inwiefern Restitution gegen die Sentenz, wenn ein Verschulden des Anwaltes den Verlust des Prozesses herbeigeführt hat, gesucht werden könne, ist oben S. 190 f. vorgekommen.

82) Erschwerung genügt nicht. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 31, 47, Bd. IX S. 128. Zur Erläuterung des Ausdruckes „unmöglich gemacht" dient das oben in Note 79 Bemerkte. Auch hier muß das arbitrium boni viri walten. Durch eine Geistesthätigkeit, wie sie nur seltenen Talenten eigen ist, durch Ueberspannnng menschlicher Kraft, durch eine nur bei kleinlichen, furchtsamen, mißtrauischen Menschen vorkommende außerordentliche Aengstlichkeit wird Manches möglich gemacht, was sonst als unmöglich erscheint. Aber solche außer der Regel stehende Eigenschaften dürfen nie in Anschlag kommen. Nebstdem handelt es sich überall nur von einer relativen Unmöglichkeit. Wenn eine Eingabe rechtzeitig auf die Post gegeben, und durch ein Naturereigniß am rechtzeitigen Eintreffen gehindert wurde, so war die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht. Daß die Verhinderung nicht eingetreten wäre, wenn man die Eingabe einen Tag früher auf die Post gegeben hätte, kommt nicht in Betracht. — Zu den wirksamen Unmöglichkeiten gehört es auch, wenn es zufolge eines entschuldbaren Irrthums an dem Wissen fehlte, daß die Frist an einem gewissen Tage auslaufe.

83) Ein extremer außerordentlicher Fleiß wird nicht gefordert, vielmehr nur ein solcher, wie er von verständigen, thätigen besonnenen Menschen in der Regel zu erwarten ist. Vgl. übrigens Note 79.

3) Die rechtserhebliche Ursache muß nicht blos bescheinigt [84]), sie muß nachgewiesen werden, es genügt nicht, ihr Dasein wahrscheinlich zu machen, der Richter muß darüber volle Ueberzeugung erlangen. Uebrigens handelt es sich hier nicht von einer Nachweisung in den Formen und nach den Regeln des durch ein Interlokut eingeleiteten Beweisverfahrens, sondern von einer summarischen Probe, deren Mittel der Implorant sofort mit dem Restitutionsgesuche beibringt [85]). In der Instruirung hat der Richter freieren Spielraum [86]), er kann unter Vorsteckung abgekürzter Fristen durch Prälokute (s. oben S. 18 Note 38) die Nachbringung besserer Behelfe oder nöthiger Beglaubigung der beigebrachten veranlassen [87]), und wenn die gelieferte Probe nur Wahrscheinlichkeit, nicht volle Ueberzeugung begründet hat, zur Vervollständigung dem Imploranten die eidliche Bekräftigung auftragen [88]). In Zie-

84) Wie nach älterem Rechte genügte. Vgl GO. XVI §. 1 Nr. 11 mit Kap. V §. 11 Nr. 7 und Kap. XV §. 6 Nr. 5. — Ueber den Unterschied von Bescheinigung und summarischer Nachweisung s. Komment. Bd. III S. 17.

85) Indem er die Beweiszeugen benennt, die Beweisurkunden sogleich vorlegt. Bittet er vor der Hand um Bewilligung einer Frist zur Lieferung des erforderlichen Nachweises, so kann sie nicht verweigert werden. S. die folgende Note.

86) Weil das Gesetz, indem es ganz unbestimmt Nachweisung fordert, und zwar das Anbringen des Gesuches, nicht aber die Nachweisung der rechtserheblichen Ursache an eine gewisse Frist bindet, hierin keine Schranken gezogen hat.

87) Will von der andern Seite ein Gegenbeweis geführt werden, so ist auch dieser auf gleiche Weise zu instruiren.

88) Auf dem Grunde der Gesetzgebung vor 1837 hat das OAG. in einem Erk. vom 6. Dez. 1841 (Bl. f. RA. Bd. VII S. 139 — 41) angenommen, daß der Eid des Imploranten allein

hung des Resultates gibt die gewissenhafte Ueberzeugung des Richters insoferne den Ausschlag, als es die Verweigerung der Restitution nicht rechtfertigt, wenn etwa an der Vollständigkeit der Nachweisung, nach dem juristischen Maßstabe, noch ein Geringes mangeln sollte [89]).

4) Aus der Nachweisung muß nicht blos der Eintritt des Hindernisses, sondern auch dessen Fortdauer in der ganzen Zeit erhellen, für welche der Implorant die Entschuldignng seiner Unthätigkeit in Anspruch nimmt. Von der Hebung des Hindernisses an läuft die unerstreckliche [90]) 14tägige Restitutionsfrist. Die hierüber gegebene Vorschrift paßt nicht auf diejenigen Fälle,

zur Erprobung des Restitutionsgrundes genüge. Nach Vorschrift des §. 38 der Nov. von 1837 kann dies nicht mehr gelten; indem diese Nachweisung fordert, während sich das ältere Gesetz mit Bescheinigung begnügte. Aber die unbestimmte Vorschrift, Nachweisung sei erforderlich, schließt keineswegs die Annahme aus, daß dieselbe durch Zusammenwirken des Bescheinigungseides mit andern Probmitteln geliefert werden könne, nach Analogie der GO. XI §. 12 Nr. 2, 3. Vgl. Komment. Bd. III S. 259. In Ermanglung spezieller Bestimmung muß man Kap. IX §. 13 zur Richtschnur nehmen, und jede nicht gebotene Beschränkung der Behelfe und Beweismittel verwerfen. — Noch ist hier zu bemerken, daß der Eid allein genüge, wenn der Restitutionsgrund in der bisherigen Unbekanntschaft, z. B. mit Einreden oder Beweismitteln besteht, welche nun incidenter nachgetragen werden sollen. Vgl. GO. Kap. VI §. 13 mit Kap. XV §. 5 Nr. 8.

89) Vgl. oben Note 79, 86.

90) Diese Eigenschaft bringt es aber nicht mit sich, daß nicht auch gegen den Ablauf der Restitutionsfrist Restitution gesucht werden könnte.

in welchen der Restitutionssucher erst durch das die Folgen des Versäumnisses aussprechende Dekret in Erfahrung bringt, daß ein Versäumniß stattgefunden hat; so in dem Falle, wenn die rechtzeitig auf die Post gegebene Beweisantretungs- oder Berufungsschrift durch ein Naturereigniß am rechtzeitigen Eintreffen gehindert worden ist. Hier ist nicht die Handlung selbst, sondern nur deren Rechtzeitigkeit durch die rechtserhebliche Ursache verhindert worden, es ist nicht die Handlung selbst in einer gewissen Frist von Hebung des Hindernisses an mittels der Restitution nachzutragen, sondern diese soll nur die ohne Verschulden eingetretene Verspätung unschädlich machen. In solchen Fällen ist die 14tägige Frist von Insinuation des in Folge der Verspätung ergangenen Kontumazial- resp. Desertionserkenntnisses zu rechnen [91]).

Fällt die Hebung des Hindernisses noch in den Lauf der für die versäumte Prozeßhandlung vorgesteckten Frist, so steht es der Gewährung der innerhalb 14 Tagen von jener Hebung gesuchten Restitution nicht im Wege, daß der nach Beseitigung des Hindernisses übrige Theil der peremtorischen oder Nothfrist noch zur Vornahme der fraglichen

91) Bl. f. RA. Bd. V S. 191, Bd. VIII S. 47. Wenn in dem Dekrete, welches die Appellationsschrift zur Nebenverantwortung mittheilt, der Tag des Einlaufes bemerkt ist, oder wenn in der Nebenverantwortung die Verspätung gerügt ist, so mag diese allerdings schon früher zur Notiz des Appellanten gekommen sein. Allein keine Gesetzesvorschrift bestimmt den Anfang der Frist auf die Erlangung solcher Notizen. — Gleichwohl räth die Vorsicht, dieselben nicht unbenützt zu lassen, und zur Erlangung der Restitution vorsorglich alsbald einzuschreiten. Für die strengere Ansicht s. Bl. f. RA. Bd. XVII. S. 348.

Prozeßhandlung hätte benützt werden können [92]). Waren nach Hebung des Hindernisses noch volle 14 Tage übrig, so liegt in der Verkürzung der Frist durch die vorher stattgefundene Verhinderung kein Grund der Restitution gegen deren Versäumniß [93]).

92) Die 14 Tage treten an die Stelle der von der GO. bewilligten „soviel Zeit, als man zuvor re adhuc integra gehabt hätte." — Z. B. nachdem 16 Tage der 30 tägigen Berufungsfrist verlaufen waren, trat ein Hinderniß von 10 tägiger Dauer ein. Obwohl nun die noch übrigen 4 Tage im gegebenen Falle hingereicht hätten, die Berufungsschrift anzufertigen, so kann doch im Falle des Versäumnisses die Restitution nicht versagt werden, wenn sie innerhalb 14 Tagen von Hebung des Hindernisses, in Verbindung mit Einreichung der Berufungsschrift, nachgesucht wird. S. die folgende Note. — (Der Verfasser hegt nicht den geringsten Zweifel an der Richtigkeit dieser Ansicht, räth aber doch, es überall, wo nicht die Einhaltung absolut unmöglich, auf die Restitution gegen das Versäumniß nicht ankommen zu lassen.)

93) In den Motiven (§. 49) zum §. 38 heißt es: „Bei einer solchen festen Frist kann es nun zwar allerdings geschehen, daß der Partei, welche eine 30 tägige Frist zum Handeln hatte, aber sogleich nach der Insinuation der richterlichen Weisung in die Unmöglichkeit versetzt wurde, der Weisung zu genügen, anstatt der 30 Tage nur 14 Tage gewährt sind. Allein ein Durchschnitt muß gemacht werden, wenn nicht Alles unbestimmt bleiben soll. Der erwähnte Fall wird gewiß nur selten eintreten. Die Gesetzgebung hat sich nicht an Ausnahmen zu halten." — Hat ein gegebener Fall so eigenthümliche Schwierigkeiten, daß sich die Lösung der Aufgabe in den übrigen 14 Tagen als Unmöglichkeit darstellt, so bringt schon die Regel mit sich, der Restitution stattzugeben.

In Fällen der Inzidentrestitution zur Geltendmachung neu aufgefundener Einreden oder Beweismittel (s. oben Nr. 1) laufen die 14 Tage von der Zeit, da die Nova in Erfahrung gebracht resp. zur Benützung bereit waren. Damit erfolgte die Beseitigung des bisherigen, in dem Nichtkennen resp. Nichtbenützenkönnen des neuen Behelfes gelegenen Hindernisses.

5) Die Vernehmung des Gegners über das Restitutionsgesuch ist in dem dritten Absatze des §. 38 nur als Regel vorgeschrieben. Ausnahmsweise kann die Restitution gegen Versäumniß einer Frist oder eines Termines [94]) von kurzer Hand (brevi manu) bewilligt werden, „wenn das „ehehafte Hinderniß ganz offenbar und kundig ist" [95]), z. B. eine Ueberschwemmung, durch welche das Eintreffen der Post um einige Tage verspätet wurde.

6) Die Bewilligung der Inzidentrestitution wirkt die Zulassung der versäumten Handlung, resp. der neuen Behelfe, z. B. Einreden oder Beweismittel, woraus nun auch für den Gegner die Befugniß erwächst, dem neuen Vorbringen durch geeignete Erklärungen und Behelfe entgegenzutreten [96]). Hatte das Versäumniß bereits ein Kontumazial- oder Desertionserkenntniß zur Folge gehabt, so führt die Bewilligung der Restitutiou dessen Zurücknahme herbei.

7) Die vorstehend entwickelten Grundsätze finden auch

94) Handelt es sich von Nachtragung einer neuen Einrede oder eines neuen Beweismittels, oder liegt bereits ein Kontumazial- oder Desertionserkenntniß in Mitte, so kann die Vernehmung des Gegners nicht umgangen werden.

95) Vgl. GO. XV §. 6 Nr. 5 vgl. mit XVI §. 1 Nr. 11 „Drittens."

96) S. oben S. 198.

auf die Minderjährigen und die denselben Gleichgestellten, insbesondere den k. Fiskus, Anwendung; eine Rechtsbegünstigung derselben, in Bezug auf Restitution gegen den Ablauf von Fristen und Terminen, besteht nicht mehr [97]). Inwiefern sie Restitution gegen die Sentenz auf dem Grunde solcher Versäumnisse suchen können, ist oben S. 186 vorgekommen.

§. 2.

Von dem remedio nullitatis [1]).

I.

Fälle unheilbarer Nichtigkeit.

Ob ein Urtheil civilgesetzlichen oder prozessualischen Normen zuwiderlaufe, macht für die Fähigkeit zur Beschrei-

97) §. 39 der Nov. von 1837. Der hier ausgesprochene Vorbehalt der den Minderjährigen und Quasiminderjährigen nach den Civilgesetzen zustehenden Rechte bezieht sich auf die Restitution gegen den Rechtsakt, welcher zu dem Prozesse Anlaß gab, oder gegen Versäumnisse, welche dem Prozesse vorhergiengen, z. B. gegen eine Verjährung des Klagerechts oder gegen Erlöschung desselben in Folge der Nichteinhaltung eines Präklusivtermines. Vgl. OAGPlenarbeschluß v. 18. Mai 1842 (Regbl. S. 741—50).

1) v. Röder Beitrag zur Lehre von den Nichtigk., Bernburg 1831; Ahorner v. Ahornrein Bemerkungen über die Nichtigkeitsbeschwerde im Civilprozeß, Augsburg 1812; Franz Fischer die Lehre von der Nichtigkeit der Civilurtheile, Prag 1829; Th. M. de Bardeleben de sententiarum nullitate, Berolini 1836; Linde Handb. Bd. V §. 226 ff.; Martin Lehrb. §§. 294—5, dessen Vorlesungen Bd. II. S. 406 ff.

tung der Rechtskraft und für die Abwendung der Rechtskraft durch das Rechtsmittel der Berufung, im Allgemeinen keinen Unterschied. Auch die Verletzung prozessualischer Vorschriften kann durch die Rechtskraft geheilt werden, wenn die Berufung versäumt wird oder die Voraussetzungen dieses Rechtsmittels ermangeln. Es gibt jedoch Ausnahmsfälle, für welche verordnet ist, daß wegen der obwaltenden Mängel, ungeachtet der Unterlassung der Berufung oder der Ermangelung ihrer Voraussetzungen, die Rechtskraft des Urtheiles nicht eintrete, der Vollzug desselben nicht stattfinde, und die Anfechtungsbefugniß erst durch den Ablauf von 30 Jahren erlösche.[1a]) Urtheile dieser Kategorie werden als unheilbar nichtig bezeichnet. Grund unheilbarer Nichtigkeit[2]) ist

1) der Mangel der Jurisdiktion. Ein solcher ist vorhanden, a) wenn der entschiedenen Sache die Ei-

und Bayer Vortr. edit. VIII §. 329; Linde Lehrb. §. 417 ff.; Mittermaier gem. bürgerl. Proz. u. s. w. Beitr. III §. IV.

1a) Die Nichtigkeitsklage erlischt auch bei solchen Personen und Verhältnissen, welche das Privilegium einer längeren Verjährungszeit genießen, innerhalb 30 Jahren. Bl. f. RA. Bd. XIII. S. 216.

2) Die Nichtigkeitsgründe liegen entweder in der Person des Richters (Nr. 1), oder in unbeachteten Substantialien des Verfahrens (Nr. 2), oder in dem Inhalte des Urtheiles (Nr. 3), oder in der Person der streitenden Theile resp. ihres Vertreters (Nr. 4). — Fehlte es an der Anstellung der Klage, so ist gegen beschwerende richterliche Verfügungen die Extrajudizialbeschwerde zu gebrauchen. S. oben S. 71. Vgl. jedoch S. 76 Note 33, 34.

genschaft einer Justizsache fehlt, oder b) eine bei dem Forum für streitige Verwaltungssachen angestellte Klage als gemeine Justizsache abgeurtheilt wurde; c) wenn ein Gericht über einen Gegenstand geurtheilt hat, welcher seiner Beschaffenheit nach außer dessen Jurisdiktionsgränzen liegt [3]); oder d) ohne stattgefundene Prorogation [4]) über einen Beklagten oder über eine dingliche Klage [5]), für welche es nicht zuständig ist [6]); e) wenn es bei der Verhandlung oder Schlußfassung an der gehörigen Besetzung des Gerichtes mangelte [7]).

3) Wenn z. B. eine zur ausschließenden Jurisdiktions-Sphäre des Handelsgerichtes gehörige Sache vor den gemeinen Gerichtsstand gezogen wurde. Komment. Bd. I S. 262 Nr. 5.

4) S. Komment. Bd. I S. 259—268. Vgl. fr. 1. §. 2 quod quisque juris (2, 2); fr. 170 de reg. juris; const. 1 de jurisdict. (3, 13); const. 1 et sequ. si a non compet. jud. (7, 48). — Hat der Beklagte gar nicht geantwortet, so kann Prorogation nicht angenommen werden. — Hieher gehört es auch, wenn der delegirte Richter die Gränzen der Delegation überschritten hat.

5) Den dinglichen sind hier noch andere mehr auf die Sache gehende Klagen gleichgestellt. Vgl. Komment. Bd. I S. 90 ff.

6) Für die Beurtheilung der Berufungsförmlichkeiten ist der Oberrichter jedenfalls zuständig; daher kann eine unbegründete Zurückweisung oder Zulassung einer Berufung nicht als nichtig angefochten werden. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 192.

7) Z. B. wenn ein Einzelrichter urtheilte, wo ein Kollegialschluß erforderlich war (Bl. f. RA. Bd. XV. S. 127; Seuffert's Archiv Bd. IX. S. 310); wenn es an der durch die Kollegialordnung vorgeschriebenen Votantenzahl fehlte; wenn ein Gerichtsmitglied ohne Zutheilung oder Genehmigung von Seite des Gerichtsvorstandes gehandelt oder geurtheilt hat;

Ist der in Frage befindliche Mangel durch eine gerichtsablehnende Einrede des Beklagten Gegenstand einer Streitverhandlung unter den Parteien und richterlichen Ausspruches geworden, so kann dieser Ausspruch die Rechtskraft beschreiten [8]); woraus sich die Folge ergibt, daß nach rechtskräftiger Verwerfung einer gerichtsablehnenden

wenn gegen die Vorschrift der Novelle von 1837 §. 9. Abs. 3 gefehlt worden; wenn ein Richter das Richteramt in eigener Sache, oder im Zustande physischer oder psychischer Unfähigkeit verwaltet hat. Daß sonst ein Grund vorhanden war, den Richter zu rekusiren, macht die Besetzung des Gerichtes, wenn die Rekusation nicht stattgefunden, nicht fehlerhaft (s. jedoch unten §. 3 a. E.); wohl aber ist diese Fehlerhaftigkeit vorhanden, wenn der rekusirte Richter, ohne die Entscheidung über den deßfallsigen Antrag nach gesetzlicher Vorschrift zu veranlassen, mit richterlichen Handlungen in der Sache fortgefahren hat. Wenn über einen bei einem Gerichte gemäß Art. 18 des Gesetzes vom 1. Juli 1856, einige Bestimmungen über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren in den Landestheilen diesseits des Rheins betreffend, vorgenommenen Akt der nicht streitigen Rechtspflege ein Streit entsteht, so kann der Beamte, welcher den Akt aufgenommen oder bestätigt hat, nach Art. 19 ebd. bei Vermeidung der Nichtigkeit keine richterliche Thätigkeit bezüglich jenes Rechtsstreites ausüben. Vgl. Edel Erläuterung des angef. Gesetzes, S. 132.

Ein Mangel in der gehörigen Besetzung des Gerichtes kann durch Ratifikation von Seite der Parteien nicht gehoben werden. Vgl. OAGAkt. Nr. 1529 $^{39}/_{10}$.

8) Es kann dann wohl eine unrichtige Entscheidung vorliegen, nichtig aber ist sie nicht. Ueber die Zulässigkeit der Berufung und Revision gegen solche Entscheidungen s. oben S. 16 u. 157 Note 31; Bl. f. RA. Bd. XI. S. 316, 328.

Einrede der durch sie gerügte Mangel nicht weiter als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden kann [9]).

Hieher gehört

2) der Mangel der Citation. Unmotivirte Abkürzungen des Verfahrens [10]) oder bloße Fristbeschränkungen und sonstige Unförmlichkeiten im Laufe desselben sind hier nicht gemeint [11]); vielmehr handelt es sich nur von verurtheilenden Erkenntnissen, welche erlassen wurden, bevor dem Beklagten durch eine gültig abgefaßte [12]) und gehörig insinuirte Ladung Gelegenheit gege-

9) Nov. vom 22. Juni 1813. (Novellen zur GO. B. III S. 78.) Auch ein Kompetenzkonflikt kann nicht mehr erhoben werden. Art. 2 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betr. Vgl. Kommentar Bd. I S. 234.

10) Wenn z. B. das Verfahren mit der Vernehmlassung geschlossen und sofort das Urtheil erlassen wurde, ohne daß die in Kap. VI. §. 11 bezeichneten Voraussetzungen einer solchen Abkürzung im gegebenen Falle vorhanden waren. Eine Verkürzung, deren Dasein nur durch eine Prüfung der Materialien ermittelt werden kann, ist von dem rein formellen Mangel der Citation wesentlich verschieden. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 253, 302; Seuffert's Archiv Bd. II S. 441.

11) OAGE. vom 3. März 1843 Nr. 1241 $^{41}/_{42}$; v. Stürzer CGB. S. 827. — Vgl. die Ausführung hierüber in den Bl. f. RA. Bd. IV S. 33—37 und S. 173 Nr. 2, Bd. IX S. 167 Nr. 3. — Gegen solche Verkürzungen und Beschränkungen hat man durch rechtzeitige Verwahrung resp. Berufung oberrichterliche Hülfe zu suchen. — Ueber angebliche Nichtigkeit wegen Mangels der Sachlegitimation s. Bd. II S. 180.

12) Fehlt es an der Bezeichnung des Gerichtes, der Parteien, des Betreffes oder der Verhandlungszeit, so ist die Ladung unwirksam. GO. V §. 4.

ben war, sich gegen die Klage oder die klägerische Beweisführung [13]) zu vertheidigen [14]).

Liegt kein verurtheilendes Erkenntniß, sondern nur eine Verfügung in der Form des unbedingten Mandates vor, so gehört der Fall nicht hieher, weil durch eine solche Verfügung das rechtliche Gehör des Imploraten nicht ausgeschlossen wird [15]).

Unfähig zur Beschreitung der Rechtskraft sind [16])

3) Entscheidungen, welche einem früheren rechts-

13) War dem Kläger Beweis aufgelegt, und der Beklagte wird auf die klägerische Beweisantretung oder nach Erhebung der klägerischen Beweise, ohne im Beweisverfahren gehört worden zu sein, durch Enderkenntniß verurtheilt, so ist der Fall dem einer Verurtheilung ohne alles Gehör über die Klage vollkommen gleichartig. Vgl. Bd. III S. 33.

14) Inwiefern die Unterlassung der Aktenmittheilung an die Regierung, in den das Staatsinteresse berührenden Sachen, als Mangel der Citation gelte und Nichtigkeit wirke — s. Bd. III S. 441 u. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 474 Bd. XXII S. 294. War das Staatsinteresse aus den Prozeßakten nicht zu ersehen, liegt daher der Unterlassung kein Versehen zu Grunde, so ist keine Nichtigkeit vorhanden; jedoch die Geltendmachung des Staatsinteresse durch besondere Klage unbenommen. OAGE. vom 22. Nov. 1825 Nr. 765$^{20}/_{21}$.

15) Komment. Bd. II S. 253 ff.; Bl. f. RA. Bd. V S. 207; Bd. IX S. 167 Nr. 2. Vgl. OAGAkt. Nr. 1091 $^{37}/_{38}$, Nr. 716 $^{42}/_{43}$.

16) Während in dem §. 2 Kap. XVI die Mängel der Jurisdiktion und Citation als die einzigen Fälle der unheilbaren Nichtigkeit bezeichnet werden, sind an anderen Stellen der GO. noch mehr Fälle in diese Kategorie gesetzt. — Baron Kreittmayr, dessen Thätigkeit hauptsächlich durch die Last der Staatsverwaltung in Anspruch genommen war, konnte sich nur in Nebenstunden den legislativen Arbeiten widmen.

kräftigen[17]) Urtheil über dieselbe Sache zuwiderlaufen[18]), d. h. eine von dem früheren Ausspruche abweichende Verfügung enthalten. Dies ist jedoch auf das Verhältniß eines Enderkenntnisses zu dem rechtskräftigen Interlokute eben so wenig zu beziehen, als auf das einer Berufungssentenz zu dem nur theilweise angefochtenen Erkenntnisse der Vorinstanz[19]); auch ist es kein Nichtigkeitsgrund, wenn der neuerlichen Entscheidung eine unrichtige Auslegung des früheren Urtheiles oder eine seitdem eingetretene Veränderung der Umstände zu Grunde liegt[20]). Eben so findet nach rechtskräftiger Verwerfung des von einer früheren res judicata hergenommenen Einwandes oder Rechtsmittels Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verstoßes contra rem judicatam nicht statt[20a]).

Daraus erklärt es sich, daß ihm der Zusammenhang einer Vorschrift mit anderen konnexen Stellen des Werkes nicht immer gegenwärtig war.

17) Für den Richter ist ein von ihm nach Vernehmung beider Theile gesprochenes Urtheil unwiderruflich, sobald es verkündet ist. GO. XIV §. 9 Nr. 1; Bl. f. RA. Bd. XII S. 347.

18) GO. XIV §. 11 Nr. 3. Dadurch, daß bei der zweiten Verhandlung die Entgegensetzung der exceptio rei judicatae unterlassen wurde, ist diese Nichtigkeit nicht beseitigt.

19) D. h. wenn auch in dem Enderkenntnisse die durch die Rechtskraft des Interlokutes gezogene Schranke, oder in dem Berufungsurtheile das Maß der eingewandten speziellen Beschwerden minder genau eingehalten worden, so liegt doch hierin keine Nichtigkeit. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 288, Bd. XVIII S. 329.

20) Bl. f. RA. Bd. VII S. 288, Bd. XVI S. 333, XVIII S. 304.

20a) Das unrichtige Urtheil kann nur durch ordentliche Rechtsmittel angefochten werden. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 136; Bl. f. RA. Bd. XI S. 317.

Der Verstoß eines jüngeren gerichtlichen Erlasses gegen eine bereits in Mitte liegende Rechtskraft bildet auch im schiedsrichterlichen Verfahren einen Nichtigkeitsgrund [20b]).

Der Widerspruch, in welchem sich ein neueres Erkenntniß des Oberappellationsgerichtes mit einer früheren oberstrichterlichen Entscheidung derselben Rechtsfrage befindet, kann nicht dazu dienen, jenes als nichtig anzufechten [21]).

4) Hat eine zum selbstständigen Handeln vor Gericht unfähige Person den Prozeß ohne die erforderliche Autorisation oder Vertretung geführt, oder fehlt es an gültiger Bevollmächtigung Desjenigen, welcher die Verhandlungen als Anwalt einer Partei gepflogen, so zieht die Nichtigkeit der Verhandlungen auch die Nichtigkeit des darauf gebauten Urtheiles in der Art nach sich, daß dieser Mangel durch Unterlassung rechtzeitiger Berufung nicht gehoben wird [22]). Wohl aber kann er

20b) Bl. f. RA. Bd. XIV S. 16.

21) Die Nothwendigkeit der Verweisung zum Plenum hängt nach dem Ges. vom 17. Nov. 1837 Art. I, II davon ab, daß die Ungleichförmigkeit vorliegender früherer Entscheidungen derselben Rechtsfrage, oder der Widerspruch des jetzt beschlossenen Urtheiles mit einem früheren OAGErkenntnisse von dem über eine vorgekommene Streitsache urtheilenden Senate anerkannt wird. Frühere Erkenntnisse, welche dem jetzt urtheilenden Senate nicht vorliegen, können auf den Rechtsbestand des neuerlichen Urtheiles keinen Einfluß haben. Vgl. OAGE. vom 29. August 1843 Nr. 819 12/13 und vom 30 März 1844 Nr. 428 13/14; Bl. f. RA. Bd. IX S. 168, Bd. XXI S. 17.

22) Vgl. GO. Kap. III §. 6 mit Kap. VII §. 1 und den Anmerk. zu dieser Stelle; Bl. f. RA. Bd. XII S. 299. —

durch Nachtragung der fehlenden Autorisation, durch nachträgliche Genehmigung des Verhandelten beseitigt werden [23]); auch ist seine Wirksamkeit nur einseitig, indem der Gegner der Partei, auf deren Seite der Mangel stattfand, denselben zur Anfechtung der Verhandlungen und des Urtheiles nicht benützen kann [24]).

II.

Wirkungen unheilbarer Richtigkeit.

Nimmt der um Vollstreckung eines Urtheiles angerufene Richter eine unheilbare Richtigkeit desselben wahr, so hat er dieser Wahrnehmung von Amtswegen Folge zu geben, indem er den beantragten Vollzug verweigert. Diese Weigerung findet gleichfalls statt, wenn sich der Richter aus dem Vorbringen des Gegners von dem Dasein einer so beschaffenen Richtigkeit überzeugt. Beruht der Einwand des Gegners, das zu vollstreckende Urtheil sey nichtig, auf einer zur Zeit unerwiesenen Behauptung [25]), so wird dadurch Aufhebung der Exekution nicht bewirkt. Es ist je-

Besteht dieser Mangel nur hinsichtlich eines von mehreren Streitgenossen, so tritt auch, abgesehen von dem Falle der Untheilbarkeit des Streitobjektes, die Folge der Richtigkeit nur für den Antheil desselben ein. v. Röder a. a. O. §. 34.

23) Bl. f. RA. Bd. IV. S. 175—6.

24) Vgl. Const. 14 de procurat. (2, 13); Heffter System des Civilprozeßrechts ed. II. S. 577. Ueber Richtigkeit wegen Unmöglichkeit des Erkannten s. Bl. f. RA. Bd. XV S. 17.

25) Z. B. das Urtheil widerstreite einer früheren rechtskräftigen, über dieselbe Sache ergangenen Sentenz, die zu den Akten gekommene Vollmacht sei falsch gewesen, die Ladung nicht insinuirt worden u. dgl.

doch in solchem Falle zur summarischen Nachweisung der fraglichen Behauptung eine kurze Frist und mittlerweile in Ansehung derjenigen Vollstreckungshandlungen, welche unersetzlichen Nachtheil zufügen würden, Aufschub zu bewilligen [26]). — Ist die Unfähigkeit der verurtheilten Partei, welche den Grund der Nichtigkeit ausmacht (s. I Nr. 4), zur Zeit des Exekutionsverfahrens gehoben, und es wird von derselben des Urtheils Rechtskraft ausdrücklich oder faktisch anerkannt, so kann der stattgefundene Mangel von Amtswegen nicht weiter berücksichtigt werden. Gleiches gilt, wenn die vor dem Urtheile durch einen unbevollmächtigten Anwalt vertretene Partei der Exekution desselben nicht mit einem Einspruche, sondern etwa nur mit dem Gesuche um Gewährung einer Rechtswohlthat entgegentritt.

Nicht blos auf dem Wege der Einrede gegen die Exekution, sondern auch dem Wege der Klage kann die unheilbare Nichtigkeit eines Urtheiles geltend gemacht werden, und zwar nicht blos von Personen des bisherigen Rechtsstreits, indem etwa der nicht ratihabirende Geschäftsherr oder Vormund, welcher in dem geführten Prozesse nicht aufgetreten ist, die Nichtigkeitsklage anstellt. — Die Nichtigkeitsklage (Nullitätsquerel) ist darauf gerichtet: es möge das angefochtene Urtheil (und das vorausgegangene Verfahren, soweit sich der Mangel auf dieses erstreckt) als nichtig aufgehoben werden. Sie kann nach Wahl des Klägers entweder bei dem nämlichen Richter, welcher das Urtheil gesprochen [27]), oder bei dem nächst höheren angebracht werden. Handelt es sich von einem in den höheren

26) Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 15—16. — S. auch unten Note 36.

27) Die GO. sagt: „wenn er nur kompetent ist." Aber dazu,

Instanzen bestätigten Urtheile, so geht es nicht an, die Nichtigkeitsklage bei einem Gerichte anzustellen, welches nicht in letzter Instanz gesprochen hat[28]); weil in solchem Falle der Schein der Rechtskraft, welcher durch die Nichtigkeitsklage beseitigt werden soll, erst durch das in letzter Instanz gesprochene Urtheil eingetreten ist[29]).

Die Nichtigkeitsklage ist bei demjenigen Gerichte einzu-

sein früheres ohne Kompetenz gesprochenes Urtheil wegen dieses Mangels wieder aufzuheben, ist auch der in der Sache selbst inkompetente Richter kompetent. Linde im Handbuch Bd. V S. 557. — Daß ein mit dem Mangel der Citation behaftetes Erkenntniß von demselben Richter zurückgenommen werden könne, ist ein Folgesatz aus Dem, was die GO. im Kap. XlV §. 1 in fine, §. 9 pr. und §. 11 Nr. 3 über Sentenzen, die ohne Vernehmung beider Theile ergangen sind, bestimmt. Ueber Nichtigkeitsbeschwerden und Remonstrationen gegen Erkenntnisse des OAG. s. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 17. Nichtigkeitsbeschwerden in Hypothekensachen können nicht an das Oberappellationsgericht gebracht werden. Bl. f. RA. Bd. XIII. S. 317.

28) Hat die höhere Instanz nur auf Abweisung des Rechtsmittels wegen formeller Mängel erkannt, so ist dies keine Bestätigung. Soll nun das Urtheil, gegen welches das abgewiesene Rechtsmittel gerichtet war, als nichtig angefochten werden, so kann man die Nichtigkeitsklage nicht bei der dem abweisenden Obergerichte vorgesetzten Instanz, d. h. dem OAG. anstellen, wohl aber in erster oder zweiter Instanz. OAGE. vom 27. Nov. 1830 Nr. 1215$^{29}/_{30}$.

29) OAGE. vom 21. Juni 1842 Nr. 1078$^{39}/_{40}$. Anders verhält es sich, wenn die Nichtigkeit incidenter durch eine Einrede gegen die Exekution geltend gemacht wird. Das für das Exekutionsgesuch zuständige Gericht hat diese Eigenschaft natürlich auch für die dem Gesuche entgegengestellten Einreden. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 188 Nr. 3.

reichen, an welches sie gerichtet ist. Eine an das Obergericht gerichtete, bei dem Untergerichte eingereichte Nullitätsquerel ist von letzterem ohne Instruktion[30]) an ersteres vorzulegen. Erhellt der Ungrund aus dem Inhalte der Klagschrift, so erfolgt, wie bei anderen Klagen, Zurückweisung von der Gerichtsschwelle. Außerdem wird Verhandlung eingeleitet, entweder (bei Untergerichten) durch Anberaumung einer Tagfahrt zu diesem Zwecke[31]), oder durch Abforderung einer schriftlichen Erklärung des Gegners unter Vorsteckung einer peremtorischen Frist[32]). Kommt es — in Ermangelung gegnerischen Zugeständnisses[33]) — auf Nachweisung gewisser Thatsachen an, so wird hierüber durch Prälokut bestimmt, und das Verfahren in abgekürzten Fristen gepflogen. Mit dem Ausspruche, daß die angefochtene Sentenz aufzuheben sei, ist zugleich in Fällen, wo bereits Vollzugshandlungen stattgefunden, die Wiederherstellung des vorigen Zustandes anzuordnen[34]). — Ueber Rechtsmittel gegen Erkenntnisse in Nich-

30) Ist der Nichtigkeitsklage eventuell oder bezüglich gewisser Verfügungen des Erkenntnisses eine Appellation beigefügt, so kommt gewöhnlich in der Nebenverantwortungsschrift auch die Erklärung auf die Nichtigkeitsklage vor. Vgl übrigens Bl. f. RA. Bd. VII S. 236. Vgl. OAGAkt. Nr. 1065$^{37}/_{38}$.

31) Auch bei den an ein Obergericht gerichteten Nullitätsquerelen wird mitunter das Untergericht zu protokollarischer Instruktion kommittirt.

32) Meistens wird mit dieser Gegenerklärung der Aktenschluß eintreten können. Gibt deren Inhalt dazu Anlaß, so steht nichts im Wege, noch Replik und Duplik zuzulassen.

33) Wenn entweder die fraglichen Thatsachen in Abrede gestellt sind, oder der Gegner gar nicht geantwortet hat.

34) Sollte auch kein ausdrücklicher Antrag auf diese Wiederher-

tigkeitsklagsachen gelten die allgemeinen Grundsätze [35]). — Abgesehen von Fällen, in welchen ein erheblicher Nichtigkeitsgrund sofort wahrscheinlich gemacht ist, bewirkt die Erhebung einer Nichtigkeitsklage einen Aufschub im Vollzuge der angefochtenen Sentenz nur hinsichtlich derjenigen Vollstreckungshandlungen, welche unersetzlichen Nachtheil zufügen würden [36]).

Bemerkt der Oberrichter, an welchen eine Rechtssache im Wege der Appellation gelangt ist, an dem Urtheile,

stellung gestellt worden sein; weil der durch den Vollzug des nichtigen Urtheiles verursachte Nachtheil zu den Schäden gehört, von welchen GO. IV §. 7 Nr. 6 bestimmt, daß der Richter auf deren Ersatz erkennen solle, wenn schon in dem petito davon abstrahirt worden. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 25 f.

35) S. oben S. 14 Note 26, S. 34 Note 82, S. 89 Note 6, S. 90 und S. 150 lit. b. — Vgl. auch S. 154 Note 24. Eine Beschwerdeführung an die höhere Instanz über ungerechte Abweisung einer Nichtigkeitsklage, ist Appellation, nicht gleichfalls Nichtigkeitsklage. — Auf Berufungen gegen Erkenntnisse, welche auf erhobene Nichtigkeitsklage ein Urtheil als nichtig aufheben, ist die Vorschrift der Novelle von 1837 §. 53 Nr. 2 (S. oben S. 47) nicht anwendbar.

36) Vgl. Claproth ordentl. Proz. Hauptstück XXIV; Danz ord. Proz. ed. Gönner §. 445; Martin Lehrb. §. 265, 295; Gönner Handb. Bd. III Nr. LVII §. 15; Bl. f. RA. Bd. III S. 15—16; v. Röder a. a. O. §. 41. — Eine innerhalb der Berufungsfrist in einer appellablen Sache erhobene Nichtigkeitsklage steht in dem Suspensiveffekte der Apellation gleich. Gönner a. a. O. — Außer diesem Falle kann der Nichtigkeitsbeklagte den Suspensiveffekt durch Sicherheitsleistung für den Fall seines Unterliegens in der Nullitätssache ausschließen. Gönner a. a. O.; Gensler im Komment. zu Martin §. 254.

beziehungsweise in den vorhergegangenen Verhandlungen, einen unheilbare Nichtigkeit wirkenden Mangel, so hat er demselben von Amtswegen die geeignete Folge zu geben. Diese kann in den oben I, Nr. 4 bemerkten Fällen vorerst darin bestehen, daß durch eine Ersetzungs-Verfügung die Nachholung der zur Gültigkeit fehlenden Autorisation oder Genehmigung versucht werde. Wo eine solche Beseitigung des Nichtigkeitsgrundes nicht möglich ist oder nicht gelingt, muß auf Aufhebung des nichtigen Urtheiles, beziehungsweise auch der nichtig gepflogenen Verhandlungen erkannt werden [37]).

Wenn eine in der Eigenschaft als Appellation erhebliche Beschwerdeführung irrig als Nichtigkeitsklage bezeichnet, und dabei etwa, statt des in der Absicht liegenden Antrages auf ein völlig freisprechendes Urtheil vom Beschwerdeführer ungeschickterweise gebeten worden, das dem Kläger günstige Erkenntniß als nichtig aufzuheben, so ist der Oberrichter (vorausgesetzt, daß es an den Berufungsförmlichkeiten nicht fehlt) nicht gehindert, das Rechtsmittel seiner materiellen Beschaffenheit nach als Appellation zu beurtheilen, und auf die der Sachlage entsprechende Abänderung des beschwerenden Urtheiles zu erkennen [38]).

37) Von diesen Fällen gilt das oben S. 23 Bemerkte.

38) Arg. GO. IV. §. 8. Auch der Bitte ungeignete Fassung gereicht nicht zum Nachtheile, wenn aus dem Inhalte des Vortrags unzweideutig hervorgeht, daß es in der Absicht lag, das Angemessene zu beantragen, und der Fehler nur in dem juristischen Ausdrucke liege. Nur wenn der sachliche Inhalt der Bitte nicht zu dem Inhalte des Vortrages paßt, kann das richterliche Amt nicht helfen. — Vgl. OAGAkt. Nr. 1135 $^{37}/_{38}$. Vgl. Nr. 1394 $^{36}/_{37}$.

Daß Abhülfe für die durch ein unheilbar nichtiges Urtheil zugefügte Verletzung auch im Wege der Berufung gesucht werden könne, ist bereits oben S. 4 bemerkt worden.

Wenn eine Partei bei schon gegebenem Nichtigkeitsgrunde und der Bekanntschaft mit solchem die Verhandlungen fortsetzt, richterlichen Auflagen genügt, das ordentliche Rechtsmittel der Berufung ergreift, ohne die Nichtigkeit der betreffenden Verhandlungen oder Judikate geltend zu machen, so liegt hierin ein rechtlich wirksamer Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde [38a]).

III.

Von heilbaren Nichtigkeiten.

Außer den als Gründe unheilbarer Nichtigkeit aufgeführten Fällen, gibt es noch mannigfache Verletzungen der Prozeßgesetze, welche den Antrag, es möge ein gerichtlicher Beschluß und etwa auch eine damit zusammenhängende Verhandlung [39]) als nichtig aufgehoben [40])

38a) Bl. f. RA. Bd. XVII S. 40, XIX S. 236; vgl. auch Seuffert's Arch. Bd. VIII S. 297. Eben so können mehrere zu gleicher Zeit offene Nullitätsgründe nicht beliebig nach einander vorgeschoben werden, sondern der vereinzelte Gebrauch des Einen zieht nach Analogie der Ger.-Ordn. Kap. XV §. 10 den Verlust der übrigen in Folge stillschweigenden Verzichtes nach sich. Bl. f. RA. Bd. XX S. 335.

39) Z. B. die Erhebung nachgetragener Beweise, gegen deren Zulassung der Produkt sich rechtzeitig verwahrt hat; eine Eidesleistung, zu welcher der Gegner des Schwörenden nicht geladen war. Bl. f. RA. Bd. I S. 327.

40) Jeder Mangel, in dessen Folge die Aufhebung eines Dekretes oder Bescheides zu verfügen ist, kann als Nichtig-

werden, zu begründen geeignet sind. Allein die Abhülfe kann außer den oben unter I bezeichneten Fällen nur im Wege der Berufung[41]) gesucht werden, so daß in Ermangelung der Voraussetzungen dieses Rechtsmittels (der Berufungssumme) die Abhülfe nicht stattfindet, und die Versäumung des rechtzeitigen Gebrauches die Heilung der Nichtigkeit bewirkt[42]). Handelt es sich von (heilbarer) Nichtigkeit[43]) eines einfachen Dekretes oder eines selbstständige Berufung nicht zulassenden Zwischenbescheides, so greift vor der Hand nur Verwahrung Platz, worüber die oben S. 24—30 vorgetragenen Grundsätze gelten[44]), und in deren Folge es seiner Zeit zur Aufhebung (Nichtigerklärung) sowohl des als prozeßordnungswidrig beanstandeten Dekretes oder Zwischenbescheides, als des seinen Rechtsbestand voraussetzenden später erlassenen Erkenntnisses kommen kann[45]).

In die Kategorie der heilbaren Nichtigkeit ge-

keit bezeichnet werden. — Ueber den Unterschied zwischen Aufhebung und Abänderung — s. oben S. 21—23.

41) Von Fällen, in welchen nach §. 55 der Novelle von 1837 auf Remonstration Zurücknahme eines richterlichen Beschlusses stattfinden kann, ist hier nicht die Rede.

42) GO. XVI. §. 2 Nr. 4, 5.

43) S. oben Note 40.

44) Daß eine unzulässige Berufung unter der Firma einer Nichtigkeitsklage an das Obergericht gebracht wird, hat auf die Beurtheilung keinen Einfluß. OAGE. vom 28. Nov. 1837 Nr. 1394$^{36}/_{37}$. Vgl. oben S. 65 Note 171, S. 71 Note 16.

45) Hat sich z. B. der Beweisführer gegen die Ausschließung eines Beweismittels rechtzeitig verwahrt, und auf Geltendmachung der gewahrten Beschwerde mit der Berufung gegen das Endurtheil überzeugt sich der Oberrichter von der Pro-

hören alle prozeßordnungswidrigen Unterlassungen oder Verkürzungen[46]) der Vernehmung oder Zuziehung einer Partei im Laufe des Verfahrens[47]), die Zulassung von Erklärungen und Beweisen, welche hätten ausgeschlossen werden sollen, die unbegründete Weigerung oder Ertheilung von Fristbewilligungen und Inzidentrestitutionen, unbegründete Kontumazialbescheide und Desertionserkennt-

zeßordnungswidrigkeit jener Ausschließung, so erfolgt nun die Aufhebung (Nichtigerklärung) sowohl des Enderkenntnisses, als des früheren die Ausschließung des Beweismittels verfügenden Dekretes, mit der Anordnung, das fragliche Beweismittel zu instruiren, und nachher nochmals in der Sache zu erkennen.

46) Als solche erscheint auch die Ziehung einer Sache zum mündlichen Verhöre, welche nicht dazu geeignet ist. Bl. f. RA. Bd. VII S. 78.

47) S. oben I, Nr. 2. Hieher gehört auch (vgl. oben S. 101 Note 8 und Bd. II S. 299 ff.) die Unterlassung der in §. 9. und §. 17 Nr. 3 lit. b, d der Novelle von 1837 angeordneten richterlichen Thätigkeit. Wurde eine ohne Rechtsbeistand handelnde Partei vom Richter nicht aufgefordert, sich über einzelne vom Gegner behauptete Thatumstände zu erklären, und darauf die Unterlassung des speziellen Widerspruches im Urtheile als Zugeständniß angenommen, so ist auf Beschwerdeführung des dadurch Verletzten Anlaß zur Anordnung der in Kap. XV §. 7 Nr. 2 bestimmten nachträglichen Instruirung unerörterter Punkte, oder auch, wenn die Nachholung die Grundlage des Urtheiles völlig oder größtentheils verändern würde, zur Aufhebung desselben und der mangelhaft gepflogenen Verhandlung gegeben. Ob der Mangel wirklich stattgefunden, ist auf Behauptung des Appellanten durch Berichtsabforderung zu konstatiren. Ueber Nullitätsbeschwerde wegen mangelnder Entscheidungsgründe vgl. Bl. f. RA. Bd. XI S. 248.

nisse, Erlassung eines Erkenntnisses ohne Entscheidungsgründe. Auch die Bd. II S. 28 erwähnte Nichtigkeit ist den heilbaren beizuzählen.

Verstoß gegen ein klares Gesetz (contra jus in thesi) macht das Urtheil ungerecht, nicht aber nichtig. Eben so wenig begründet die Anwendung einer unrechten Gesetzgebung eine Nichtigkeit.

Kann später durch neues Vorbringen gezeigt werden, daß die Zeugen, auf deren Aussagen ein in Rechtskraft übergegangenes Urtheil gebaut ist, bestochen, die Beweisurkunden falsch, geschworne Eide Meineide waren, so ist der Fall zum Restitutionsgesuche, nicht zur Nullitätsquerel, geeignet[48]).

§. 3.

De syndicatu.[1])

Ist einer Partei erwiesenermassen durch ungerechtes und schuldhaftes Verfahren des Richters Scha-

48) Vgl. GO. XI §. 8 Nr. 7, XIII §. 2 Nr. 10.

1) Leyser med. 680 spec. 1: „Syndicatus judicium ..... nomen traxit a syndicis, peculiari magistratu apud Italos nec non Gallos, ad hoc constituto, ut rationes a magistratibus reposcat, et de delictis ab iis commissis cognoscat, ipsosque, qui deliquerunt, puniat." Bl. f. RA. Bd. II S. 309 ff.

Bayer Vortr. edit. VIII §. 90.; Strippelmann Neue Samml. bemerkenswerther Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichtes zu Cassel Th. III Abth. 2 S. 289 ff.; Gfr. Weber in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. VII S. 1 ff.; Schlayer ebd. N. F. Bd. XIII S. 128 ff.; Martin Vorles. Bd. I S. 408. Ges. v. 1. Juli 1856 die Gerichtsverfassung u. das gerichtl. Verfahren btr. Art. 5, Art. 18 Abs. 2.

den zugefügt worden, so steht ihr gegen denselben die sog. Syndikatsklage[2]) auf Ersatzleistung zu. Es macht keinen Unterschied, ob die Beschädigung durch gesetzwidriges Verfahren, oder durch ein ungerechtes Urtheil, oder in Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit[3]) zugefügt wurde. Nicht blos durch dolose, auch durch Verletzungen aus Fahrlässigkeit wird die Syndikatsklage begründet; nur dürfen es nicht blos geringfügige Versehen sein[4]). Die Syndikatsklage ist nur für den Fall gegeben, daß sich der

2) Die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen der Syndikatsklage (wegen Beschädigungen durch absichtliche Fehler oder grobe Nachlässigkeit) und der actio in factum contra judicem, qui litem suam fecerit (wegen geringerer Versehen; vgl. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 12 Note 4) ist dem bayerischen Rechte fremd.

3) Vgl. Leyser med. 680 spec. 1—4, auf welche Kreittmayr in den Anmerk. verweist. — Wegen Beschädigungen in den Geschäften des Notariates, des Hypotheken-Vormundschafts-Depositen-Amtes kommt die Syndikatsklage am häufigsten vor.

4) Kreittmayr Anmerk. lit. c. In den Bestimmungen über die Grade des Verschuldens ist die gewöhnliche Thätigkeit und Umsicht des sorgsamen Hausvaters in Privatangelegenheiten als Maßstab zu Grunde gelegt; daher passen sie nicht recht auf die hier in Frage befindlichen Verhältnisse, in welchen ein Beamter in dem Wirkungskreise Fehler begeht, zu welchem ihn die Staatsregierung berufen hat. Wegen imprudentia soll der Richter haften (Pr. Instit. de oblig. quae quasi ex delicto; fr. 6 de extraord. cognit.). Hierüber bemerkt Hagemann in den prakt. Erört. Bd. VIII Nr. XXXVI: „Der menschlichen Natur ist es gewiß nicht entsprechend, in der Erfüllung einer Bestimmung, die fortwährend mit so vielen beschwerlichen, vielartigen, oft eiligen und überhäuften

Verletzte nicht auf andere Weise schadenfrei machen kann [5]); sie fällt weg, wenn derselbe, ohne Vorhandenseyn entschuldigender Umstände, die Ergreifung des Rechtsmittels versäumt hat, durch welches Abänderung oder Aufhebung der beschädigenden Verfügung zu erlangen war [6]). — Gegen Gerichtsmitglieder, welche weder durch Mitwirkung noch durch Unterlassung obliegender Aufsicht an dem Verschulden theilgenommen haben, findet der Entschädigungsanspruch nicht statt [7]). In Ansehung der Frage, ob und

Beschäftigungen und Arbeiten verknüpft ist, den allergrößten Fleiß, die äußerste Vorsicht, Umsicht und Genauigkeit zu fordern." — „Unmöglich kann man, bei der chaotischen Masse des gemeinen und Provinzialrechtes, alle Gesetze übersehen, und es fällt oft schwer, das für den einzelnen Fall passende auszumitteln; bei der großen Verschiedenheit menschlicher Geistesfähigkeiten und Kräfte kann in den Fällen, wo nicht Klarheit, Bestimmtheit und Deutlichkeit gesetzlicher Vorschriften, oder kontraktlicher oder testamentarischer u. s. w. Bestimmungen, jede Verschiedenheit der Beurtheilung völlig ausschließen, — Uebereinstimmung des menschlichen Denkens und der Ansichten nicht stattfinden. „Nur die gänzliche Unwissenheit vorhandener gesetzlicher und klarer Bestimmungen, oder augenfällige Imperitia (Ungeschicklichkeit in der Gesetzanwendung) macht den Richter regreßpflichtig."

5) Kreittmayr Anmerk. lit. d; vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 387.

6) Arg. fr. 4 §. 9 de damno infecto (39, 2). G. L. Boehmer de remed. synd. (Electa jur. civ. Tom. II nr. 4) cap. I §. 14; Hagemann a. a. O. S. 97.

7) Bei Verletzungen durch Kollegialbeschlüsse müssen dem Beschädigten, wenn er seine vermeinten Entschädigungsansprüche geltend macht, diejenigen Kollegialmitglieder bezeichnet werden, aus deren Vortrag, beziehungsweise Abstimmungen der fragliche Beschluß hervorging. Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. II S. 309 f.

wiefern jeder der mehreren Theilhaber des Verschuldens für das Ganze hafte, ist auf die in den einzelnen Landestheilen geltenden Civilgesetze Rücksicht zu nehmen [8]).

Durch Obsiegen mit der Syndikatsklage soll das auf ungerechtem und schuldhaften Verfahren des Richters fußende, „in rem judicatam erwachsene Erkenntniß nicht umgestoßen „werden, es sei denn zugleich genügend bewiesen, daß der „Gegentheil mit dem Richter kolludirt, und an der gespiel„ten Gefährde Antheil genommen habe."

8) Vgl. Bl. f. RA. Bd. 1 S. 203.

Siebenzehntes Kapitel.

Von Endigung des Streites durch Vergleiche, Kompromiß und das Loos, dann den Streitkosten und Schäden.

[illegible] oder die mehreren Theilhaber des Verschuldens für [illegible] [illegible] und sie in den einzelnen Landesthei- [illegible] [illegible] zu nehmen [8]).

[illegible] der [illegible]klage soll das auf [illegible] Verfahren des Richters fußende, [illegible] nicht umgestoßen „werden, [illegible] beweisen, daß der „[illegible] und an der gespiel- „ten [illegible].“

Siebenzehntes Kapitel.

Von Endigung des Streites durch Vergleich, Kompromiß und das Loos, dann den Streitkosten und Schäden.

§. 1.

Von dem Vergleiche [1]).

Vergleiche und Kompromisse dienen zur Beendigung der Rechtsstreite; wegen dieser Beziehung wurden die Vorschriften darüber der Gerichtsordnung einverleibt. Indessen sind sie hier nicht blos in dieser Beziehung, sondern auch als Mittel, Rechtsstreite zu verhüten, aufgefaßt [1a]). Es soll

1) „die Sache, worüber sich verglichen wird, bereits

1) Carl Risch die Lehre vom Vergleiche, Erl. 1855.

1a) Hinsichtlich der Fragen, deren Beantwortung aus den Vorschriften der GO. nicht zu nehmen ist, kommen die in jedem Landestheile geltenden Civilgesetze zur Anwendung. — Vgl. OAGE. vom 20. Jänner 1844 Nr. 204$^{11}/_{12}$. Die Vorschriften über den Versuch einer gütlichen Beilegung der Rechtsstreitigkeiten vor dem Beginne eines Prozesses sind in Bd. II S. 125 ff. erörtert. Hieher gehören noch die Bestimmungen in dem Gesetze vom 1. Juli 1856 über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Art. 11. Nach diesen haben die Landgerichte das Vermittlungs=

„streitig, oder doch ein künftiger Streit deßhalb zu befürch„ten, auch an sich zweifelhaft sein [2])."

Schon die bloße Besorgniß, nicht ohne Prozeß zur Verwirklichung seines Rechtes zu gelangen oder von Ansprüchen eines Anderen frei zu werden, ist ein hinreichendes Motiv, sich zu vergleichen. Durch das Erforderniß objektiver Zweifelhaftigkeit ist nicht der freie Willen der Betheiligten beschränkt, sondern nur der richterlichen Einwirkung eine Richtschnur gegeben, indem der Richter in klaren Sachen niemals einen Vergleich zumuthen, und darüber wachen soll, daß „kein Theil aus Unverstand gar „zu sehr dabei bevortheilt wird [3])."

Ein Vergleich über einen Streitpunkt, welcher bereits durch rechtskräftiges Urtheil entschieden ist, kann nicht

amt nicht nur in den zu ihrer Zuständigkeit gehörenden Rechtsstreitigkeiten, sondern auch in denjenigen Fällen auszuüben, in welchen der Kläger vor Anstellung der Klage bei dem Bezirksgerichte den Beklagten unter allgemeiner Bezeichnung des Klagegegenstandes vor das Landgericht, bei welchem der Beklagte oder, wenn es mehrere sind, einer derselben seinen persönlichen Gerichtsstand hat, zum Versuche der Vermittlung vorladen läßt. Wenn an dem hiezu bestimmten Tage der Kläger oder der Beklagte nicht erscheint, so ist das Landgericht zu einem Vermittlungsversuche nicht verpflichtet. Eine Verpflichtung, vor der Anstellung der Klage bei dem Bezirksgerichte das landgerichtliche Vermittlungsamt anzugehen, besteht nicht.

Nach dem Ges. vom 1. Juli 1856 die exekutorischen Urkunden btr. (Gstzbl. S. 387) Art. 9 ist bei dem Antrage auf Hilfsvollstreckung aus solchen Urkunden die vorgängige Angehung des Vermittlungsamtes nicht erforderlich.

2) GO. XVII §. 1 Nr. 5.

3) Kreittmayr Anmerk. zu diesen §en lit. e.

mehr stattfinden[4]). Wenn der obsiegende Theil über sein durch rechtskräftiges Urtheil gesichertes Recht nicht gehörig belehrt, vielmehr solches noch für zweifelhaft haltend, zur Beseitigung dieser vermeinten Ungewißheit einen Vergleich eingeht, so ist er an denselben nicht gebunden und kann selbst das in Folge dieses Vergleiches Weggegebene wiederzurückfordern[5]). Wohl aber kann ein nach rechtskräftiger Entscheidung des Prozesses eingegangener Vergleich wirksam sein, wenn die Existenz der Entscheidung in Zweifel gezogen ist, oder über deren Umfang, über den Sinn oder über die Vollziehbarkeit des Urtheiles Bedenken erhoben sind, wenn der nach dem Urtheile zu zahlende Betrag erst durch ein Liquidationsverfahren festzustellen ist, oder die Anfechtung durch ein außerordentliches Rechtsmittel bevorsteht[6]).

2) „Es ist nöthig, daß bei jedem Vergleiche etwas „gegeben und behalten werde[7]).“ Ist der ganze Anspruch, wie er erhoben wurde, anerkannt oder aufgegeben, so liegt kein Vergleich vor. Damit ist es aber nicht zu verwechseln, wenn zur Abfindung von Ansprüchen von noch unbestimmtem Umfange oder zur Beseitigung von Einsprüchen, z. B. gegen die Gültigkeit eines Vertrages, die von dem einen Theile geforderte oder von dem anderen gebotene Abfindungssumme, ohne weiteres Dingen, sofort bewilligt resp. angenommen wird. Hier ist die Voraussetzung der Annahme eines Vergleiches, „daß etwas gegeben und behalten werde,“ allerdings vorhanden.

4) Const. 32 de transact. (2, 4); Kreittmayr Anmerk. zu GO. XVII §. 1 lit. e.

5) Fr. 23 §. 1 de condict. indeb. (12, 6).

6) Fr. 11 de transact. (2, 14). Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 287–8.

7) GO. a. a. O. Nr. 8.

Wenn es aber an diesem oder an dem vorigen Erfordernisse (Nr. 1) fehlt, „so ist zwar der Handel deßwegen „nicht unkräftig, er kann hingegen aber auch für keinen „Vergleich angesehen werden[8]).“ Wenn eine nicht als rechtlich gebührend geforderte, sondern aus Billigkeitsgründen nachgesuchte Leistung aus gutem Willen gewährt, wenn ein Theil einer unbestrittenen Forderung nachgelassen, auf den Vollzug eines rechtskräftigen, in keiner Beziehung beanstandeten Erkenntnisses theilweise aus günstiger Gesinnung Verzicht geleistet wird, so findet darauf, was von Vergleichen Rechtens, keine Anwendung; vielmehr ist die Wirksamkeit nach den von Schenkungen, vom pactum remissorium, von Verzichten geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Daß der Richter in dem durch das fragliche Geschäft geschlichteten Streitverhältnisse das Merkmal objektiver Zweifelhaftigkeit nicht findet, kann ihn nicht hindern, das Dasein eines Vergleiches anzunehmen. Nicht darauf kommt es an, ob die Entscheidung des erhobenen oder gefürchteten Streites Schwierigkeiten dargeboten hätte, sondern nur darauf, ob der Vertrag zur Schlichtung oder Verhütung eines Rechtsstreites eingegangen wurde[9]).

3) Personen, welche ihrer selbst nicht mächtig, können sich nur durch ihre nach gesetzlicher Vorschrift bestellten Vertreter oder Vormünder, oder unter deren Mitwirkung vergleichen. Wenn der Vergleich unbewegliche Güter oder

8) GO. a. a. O.

9) Nicht zu verwechseln mit dem Falle, wenn die Vertragsschließung nur den Zweck hatte, die Mühe der Prüfung des Einzelnen, z. B. eines verwickelten Rechnungswesens zu ersparen.

solche Sachen eines Pflegbefohlenen betrifft, welche sich leicht erhalten lassen [10]), so soll dazu der Konsens seiner ordentlichen Obrigkeit, oder des Gerichtes, bei welchem der Streit anhängig ist, erholt werden [11]).

4) In Ansehung der Frage, ob sich der Gegenstand zum Vergleiche eigne, ist auf die jeden Orts geltenden Civilgesetze zu sehen [12]).

5) Der Vergleich „soll [13]) vor der ordentlichen Ob„rigkeit, wo gestritten wird, oder worunter wenigstens einer „von beiden Theilen, oder die streitige Sache selbst ge„hörig ist, angegeben, protokollirt und das Protokoll nicht „nur mundirt, sondern auch von den Theilen selbst, wenn „sie schreiben können, eigenhändig unterzeichnet, oder, wenn „die Summe über 50 fl. im Werthe beträgt, taxordnungs„mäßig verbrieft werden [14]). Im Falle auch die Par„teien sich vor der Obrigkeit der unteren Instanz oder

10) Zu welchen auch Forderungen, überhaupt unkörperliche Sachen gehören. Anmerk. lit. g.

11) GO. a. a. O. Nr. 4, 7. Von der Pflicht der Obervormundschaft, einen dargebotenen Vergleich einem unsicheren Prozesse vorzuziehen — s. Bl. f. RA. Bd. II S. 165 f.

12) Vgl. GO. a. a. O. Nr. 6 und die Anmerk. lit. f. Ueber den Vergleich, die Alimentation unehlicher Kinder btr. vgl. Seuffert's Arch. Bd. V S. 386, Bd. X S. 380. Ueber den Vergleich über Alimente, welche ein Staatsdiener seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau zu leisten hat. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 60.

13) Diese Vorschrift findet ihre Anwendung auch in denjenigen Landestheilen, deren Civilgesetzgebung, wie die preußische, besondere Vorschriften über die Form der Vergleiche enthält. Bl. f. RA. Bd. I S. 239 f.

14) Eine Kognition hat die angegangene Obrigkeit nur in so weit, als sie verhüten soll, daß ein Theil aus Unverstand zu

„extrajudiziell vergleichen, während die Sache bei der höhe„ren Instanz anhängig ist, so soll man dieser zu dem „Ende, damit sie nicht weiter hierin verfahre, schleunige „Nachricht davon ertheilen, im widrigen Falle aber die „. . . . Kosten und . . . . Taxen zu erstatten haben [15])."

„Sind siegelmäßige Personen ihre Vergleiche obrig„keitlich zu errichten zwar nicht schuldig, sie sollen aber „gleichwohl dieselben allezeit schriftlich verfassen, alsdann „mit eigener Handunterschrift und Petschaft fertigen, und „wenn die Transsigenten theils siegelmäßig, theils unsiegel„mäßig sind, so soll statt der letzteren die Obrigkeit mit„ausfertigen [16])."

„So lange nun gedachte Protokollirung [17]) oder re„spective beiderseitige Fertigung nicht geschehen ist, soll die „ganze Handlung sowohl unter siegelmäßigen als anderen „Personen, ob sie schon mit Zeugen bewiesen werden „könnte, weder in Kraft eines Vergleiches, noch sonst „unter anderen Namen bestehen, ausgenommen, wenn

sehr bevortheilt werde; ferner hinsichtlich des Interesse von Pflegbefohlenen oder dritter Betheiligter, deren Zuziehung umgangen werden will; nicht minder in Betreff der Fähigkeit der Sache, durch Vergleich geschlichtet zu werden.

15) GO. a. a. O. Nr. 9.

16) GO. a. a. O. Nr. 10. Vgl. Beil. VIII zur VU. §. 2, 4. — In Ansehung der Frage, ob ein im Auslande geschlossener aber in Bayern zu erfüllender Vergleich nach den Vorschriften der GO. a. a. O. Nr. 9—11 zu beurtheilen sei, vgl. fr. 21 de oblig. et act. (44, 7): „Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit. S. auch Komment. Bd. I S. 305.

17) Bei Unsiegelmäßigen ist nicht die Unterlassung der Verbriefung, sondern nur die der Protokollirung mit der Nichtigkeits-Folge bedroht.

„sie schon ganz oder zum Theil in Erfüllung gebracht wor„den ist [18]).“

Nach dem Gesetze vom 1. Juli 1856, einige Bestimmungen über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren betr., Art. 12 sind die vor dem Vermittlungsamte der Gemeinde oder einer anderen zuständigen Vermittlungsbehörde schriftlich errichteten Vergleiche auch ohne Einhaltung der eben bemerkten in der Gerichtsordnung vorgeschriebenen Förmlichkeiten rechtsverbindlich. Die von einem Civilgerichte protokollirten Vergleiche haben alle Wirkungen eines gerichtlichen Vergleiches; die vor einer anderen Vermittlungsbehörde errichteten, insoferne sie nicht bereits ganz oder theilweise erfüllt sind, haben nur die Kraft eines außergerichtlichen Vertrages. Soweit die jeden Orts geltenden Gesetze für die Rechtsgültigkeit von Verträgen besondere Voraussetzungen aufstellen, behält es hiebei sein Bewenden [18a]).

Auf Rechtsgeschäfte, welche nach dem oben unter Nr. 2 Bemerkten „für keinen Vergleich angesehen werden können,“ ist das ebenerwähnte durch das Präjudiz der Nichtigkeit verschärfte Gebot der Protokollirung resp. schriftlichen Fertigung nicht zu beziehen. Hat der Gläubiger schenkungs=

18) GO. a. a. O. Nr. 11. Ist bereits ein Theil der vergleichsmäßigen Leistung von der einen Seite entrichtet, auf der anderen angenommen worden, so kann der Mangel der gesetzlichen Form von Keinem der Kontrahenten mehr zur Anfechtung des Geschäftes benützt werden. Dies gilt auch von einem zwischen Juden und Christen außergerichtlich abgeschlossenen und bereits vollzogenen Vergleich. Bl. f. RA. Bd. XV S. 384.

18a) Vgl. Edel z. a. Ges. S. 86 ff.

weise seine Forderung ganz oder theilweise aufgegeben, so mag das Erforderniß der gerichtlichen Insinuation nach Vorschrift der jeden Orts geltenden Civilgesetzgebung [19]) in Frage kommen; aber die für Vergleiche verordnete Protokollirung oder Fertigung ist hier nicht vonnöthen. Eben so wenig ist dies der Fall, wenn z. B. der Käufer, nachdem das Kaufgeschäft perfekt geworden, auf erlangte Ueberzeugung, unbillig wohlfeil gekauft zu haben, lediglich aus gutem Willen durch eine nachträgliche Verabredung eine Erhöhung des Kaufpreises bewilligt. Wenn aber diese Bewilligung durch Schwierigkeiten, welche der Verkäufer gegen den Vollzug des Geschäftes erhob, motivirt war; wenn sie gegen Verzichtleistung des Gegenbetheiligten auf weitere An- oder Einsprüche gemacht wurde, so ist der Fall eines Vergleiches gegeben, und die Gültigkeit der nachträglichen Verabredung, soferne diese nicht schon wenigstens theilweise in's Werk gesetzt ist, durch Erfüllung obigen Gebotes bedingt.

6) Ein rechtsgültig abgeschlossener Vergleich kann weder wegen Irrthums, noch wegen Verletzung über die Hälfte, noch auf dem Grunde neu aufgefundener oder erst neuerdings eingesehener Urkunden [20]), noch auf andere Art [21]) mehr angefochten werden, es sei denn, daß eine

19) Nach dem bayer. LR. Th. III Kap. 8 § 8 Nr. 7 ist die Insinuation nicht erforderlich bei „Schenkungen, wodurch Donatarius nur seiner Obligation von dem Donante liberirt wird."

20) Wenn solche nicht vom anderen Theile geflissentlich vorenthalten oder entzogen waren.

21) Darunter ist aber eine Anfechtung, welche die rechtsgültige Eingehung, das Dasein der gesetzlichen Voraussetzungen der Wirksamkeit (GO a. a. O. Nr. 4—11) bestreitet, nicht begriffen, ebensowenig eine Beanstandung der buchstäblichen Aus-

offenbare Gefährde [22]) stattgefunden habe, oder wenn es minderjährige Personen [23]) betrifft, eine merkliche und augenscheinliche Verletzung dargethan werden könne [24]).

„Die Reue soll in einem geschlossenen Vergleiche ohne „beiderseitige Bewilligung niemals statt haben, und der- „selbe sogar unter dem Vorwande der Kontravention des „anderen Theiles nicht angefochten, sondern in einem sol- „chen Falle die Klage vielmehr dahin gestellt werden, daß „der Gegentheil zu gebührender Erfüllung obrigkeitlich an- „gehalten werde, ausgenommen, wenn demselben die Clau- „sula cassatoria auf den Kontraventionsfall ausdrücklich „mit einverleibt worden, und Derjenige, welcher in Kraft „dieser Klausel die Kassation begehrt, seines Orts nicht „selbst in mora adimplendi ist [25])."

Hat die vom Gegentheile verzögerte Erfüllung nach Lage der Sache für den anderen, nicht säumigen Kontrahenten kein Interesse mehr, besteht vielmehr dessen Interesse nunmehr gerade darin, auch seinerseits von dem Geschäfte abzugehen, so kann wohl der darauf, und etwa auf Zurückgabe des von ihm bereits Gegebenen, gestellte Antrag nicht als Anfechtung des Vergleiches angesehen, und nicht auf dem Grunde der eben angeführten Vorschrift zu-

legung. Ueber den Einfluß eines Rechnungsfehlers Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 254.

22) Wozu auch Gewalt und Zwang gehören. Anmerk. lit. m. Hinsichtlich der näheren Vorschriften über Beschaffenheit und Wirkungen solcher Mängel der Willensbestimmung ist auf die Civilgesetzgebung jeden Orts zu sehen. Vgl. OAGAkt. Nr. $204^{11}/_{12}$.

23) Welchen die juristischen gleichgestellt sind.

24) GO. a. a. O. Nr. 12.

25) GO. a. a. O. Nr. 13.

rückgewiesen werden[26]). Ist es unmöglich geworden, den Gegentheil obrigkeitlich zu gebührender Erfüllung anzuhalten, so versteht es sich von selbst, daß der andere Kontrahent auch seinerseits abzugehen nicht gehindert sei.

7) Daß durch den Vergleich eine Novation beabsichtigt worden, wird nicht vermuthet. Daher bleibt, soferne nichts Anderes ausdrücklich bedungen ist, den Transigenten die Hypothek vorbehalten, welche sie etwa schon vor dem Vergleiche gehabt haben[27]).

8) Auf dem Grunde eines rechtsbeständigen Vergleiches kann die Exekution eben so gut eingeleitet werden, als zum Vollzuge eines rechtskräftigen Urtheiles[28]). Wenn aber, sei es über den Rechtsbestand oder über die Auslegung des Vergleiches, Bedenken obwalten, welche eine nähere Erörterung verlangen, so ist darüber nicht im Wege der Exekution zu verfahren, sondern Implorant auf den Weg der Klagstellung zu verweisen, beziehungsweise auf das Anrufen, wenn ihm die Eigenschaften einer Klagschrift nicht fehlen, die nach Beschaffenheit des Gegenstandes geeignete Verhandlung einzuleiten[29]).

Wurde ein wirklich erhobener Rechtsstreit vor dem

26) Arg. fr. 135 §. 2 de verb. obl. (45, 1) in den Worten: „nec mulieris quicquam propter eam moram interesset: quod omne ad judicis cognitionem remittendum est.“ Vgl. Seuffert PandR. Bd. II §. 370 Note 15.

27) GO. a. a. O. Nr. 14.

28) Const. 20 de transact. (2, 4). Vgl. Bl. f. RA. Bd. I S. 230 f., Bd. VII S. 410. — OAGE. vom 7. Aug. 1843 Nr. 1253 $^{12}/_{43}$. Es fehlt an einem erheblichen Grunde, diesen Satz auf Vergleiche zu beschränken, durch welche ein erhobener Prozeß vor dem Prozeßgerichte geschlichtet worden ist.

29) Vgl. hierüber S. 16 Note 36. Es handelt sich hier allerdings von einem Ausspruche über die Prozeßart.

Prozeßgerichte durch Vergleich geschlichtet, so gehört an dieses Gericht auch der Antrag auf Exekution aus dem Vergleiche[30]). — In anderen Fällen ist die Zuständigkeit nach den allgemeinen Regeln zu beurtheilen.

§. 2.

Von Kompromissen.

Das Kompromiß besteht in der Uebereinkunft[1]), daß ein zwischen den Kontrahenten obwaltender Rechtsstreit durch den Ausspruch eines bestimmten Dritten (arbiter, judex compromissarius), oder auch mehrerer Personen, entschieden werden soll. Der nächste Schritt zur Verwirklichung des Kompromisses geschieht dadurch, daß die Kontrahenten zusammen einen weiteren Vertrag mit dem erwählten Schiedsrichter eingehen (receptum), durch welchen sich dieser zur Abgabe des Schiedspruches (arbitrium, laudum) verpflichtet[2]). Was

1) die Befähigung zur Eingehung eines Kompromisses und die Zulässigkeit des Gegenstandes betrifft, so gel-

30) Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 371.

1) Ueber die Bestellung von Schiedsrichtern durch andere als vertragsmäßige, insbesondere durch letztwillige Verfügungen — s. GO. XVII §. 2 Nr. 12. Ueber den Unterschied zwischen einem sachlich-befreiten Gerichtsstand und einem Kompromißgericht vgl. Seuffert's Archiv Bd. X S. 296.

2) Rechtserhebliche Ursachen, aus welchen das übernommene Schiedsrichteramt wieder aufgesagt werden kann, s. bei Kreittmayr Anmerk. lit. c. Entsteht die Frage über den Rechtsbestand des Kompromißvertrages, so kann hierüber nicht das Schiedsgericht, sondern es muß der ordentliche Richter entscheiden. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 413.

ten dieselben Grundsätze, wie beim Vergleiche[3]). — In Ansehung der Fähigkeit zur Uebernahme des Schiedsrichteramtes stellt die GO. keine Beschränkungen auf[4]). — Sind mehrere Schiedsrichter benannt, so kann auch noch ein Obmann (superarbiter) vorkommen, welcher die Entscheidung in dem Falle gibt, wenn jene, wegen Ungleichheit der Stimmen, den Ausspruch nicht zu Stande bringen. Derselbe wird entweder von den Kompromittenten selbst, oder mit deren Bewilligung von den Schiedsrichtern erwählt[5]).

2) Der Schiedsrichter ist verbunden, den seinem Ausspruche[6]) unterstellten Rechtsstreit, nach dessen gehöriger Verhandlung, zu entscheiden. In Ansehung des Verfahrens hat er sich vorerst an die darüber von den Kompromittenten gegebenen Bestimmungen zu halten, außerdem aber die gewöhnlichen Prozeßregeln zu befolgen[7]). — Sind mehrere Schiedsrichter benannt, so soll keiner ohne den anderen richten[8]). Sind die Stimmen getheilt, und zwar ungleich, so geht es nach der Stimmenmehrheit; gleiche

3) GO. a. a. O. Nr. 1, 3.

4) Die GO. setzt sachverständige Schiedsrichter voraus. S. aber Kreittmayr in der Anmerk. lit. a.

5) GO. a. a. O. Nr. 5.

6) Dieser kann sich auch auf die Accessionen der Sache (GO. a. a. O. Nr. 4: „und was derselben anhängt") nicht minder auf eine Widerklage erstrecken. Kreittmayr Anmerk. lit. e.

7) GO. a. a. O. Nr. 4; insbesondere gebührt ihm die Prüfung seiner eigenen Kompetenz, gleichwie die Aburtheilung foridekl inatorischer Einreden. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 11. Um die Vernehmung von Zeugen ist die Obrigkeit, worunter dieselben stehen, zu ersuchen.

8) S. jedoch bezüglich des Falles, wenn auf ein ganzes Kollegium kompromittirt ist, Kreittmayr Anmerk. lit. f.

Stimmen heben einander auf, so daß, wenn nicht Zuziehung eines Obmannes verabredet ist, Erlöschung des Kompromisses eintritt [9]).

3) Gegen den Schiedspruch kann jeder Theil die Berufung an das in der Sache zuständige Gericht ergreifen [10]): soferne nicht in dem Kompromisse ausdrücklich bedungen worden ist, daß gegen den Ausspruch nicht appellirt werden soll. Haben sich die Kompromittenten auf ein gewisses Strafgeld verstanden, welches einer dem anderen auf den Fall, wenn er sich dem Ausspruche nicht fügen wollte, zu bezahlen hätte, so wird man durch die Bezahlung der gesetzten Strafe der Verbindlichkeit des ergangenen Ausspruches auch ohne Appellation entledigt; es sei denn die Strafe mit dem Vorbehalte der Wirksamkeit des Schiedspruches bedungen worden, in welchem Falle man sich dem Ausspruche zu fügen, oder die Appellation rechtzeitig dagegen zu ergreifen hat [11]).

4) Sobald der Schiedspruch in Rechtskraft erwachsen ist, so soll derselbe von siegelmäßigen Parteien mit eigener Unterschrift und Petschaft gefertigt, von unsiegelmäßigen bei der ordentlichen Obrigkeit angebracht, protokollirt, oder wo die Summe über 50 fl. beträgt, verbrieft; im Unterlassungsfalle aber dergleichen Schiedsprüche, wenn die Theile in neue Mißhelligkeiten darüber gerathen, nicht berücksichtigt werden. Insoferne sich nun etwa ein Theil der

9) GO. a. a. O. Nr. 5.

10) Wenn dieses selbst zum Schiedsgericht erwählt war, an die nächst höhere Instanz. In beiden Fällen gelten die gesetzlichen Vorschriften über Appellation resp. Revision. GO. a. a. O. Nr. 6, 7. — Vgl. Kreittmayr Anmerk. lit. h; Bl. f. RA. Bd. XIX S. 237.

11) GO. a. a. O. Nr. 8.

Fertigung weigerte, so soll ihn die Obrigkeit auf Anrufen des anderen dazu anhalten [12]).

5) Die Exekution liegt außer den Befugnissen des Schiedsrichters. Dieselbe ist bei dem ordentlichen Richter nachzusuchen [13]).

6) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann der Schiedsrichter zwar im Laufe des Verfahrens (incidenter), nicht aber gegen den Schiedspruch ertheilen. Eine solche ist bei der ordentlichen Obrigkeit, wohin die Sache in erster Instanz gehörig ist, nach Maßgabe der Vorschriften Kap. XVI §. 1 zu suchen [14]).

7) Das Kompromiß erlischt vor Verkündung des Spruches, wenn sämmtliche Kompromittenten selbst wieder davon abstehen, oder einer von ihnen stirbt; eben so, wenn sich auf Seite der Schiedsrichter ein Todesfall ergibt, oder bereits nach geschehenem Kompromisse gegen dieselben sammt oder sonders erhebliche und vorhin nicht bekannt gewesene Rekusationsursachen hervorkommen [15]).

§. 3.

Von dem Loose.

„Durch das Loos soll der Streit nicht geendigt werden, außer wo die Partcien selbst dazu einwilligen, oder „wenn es die Rechte speziell zulassen und verordnen." Wenn in Fällen, in welchen jeder Theil Kläger sein kann,

12) GO. a. a. O. Nr. 9. Vgl. Anmerk. lit. k.

13) GO. a. a. O. Nr. 4. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 16 Nr. 10.

14) GO. a. a. O. Nr. 10. Die Nullitätsquerel ist nicht ausgeschlossen, und bei dem ordentlichen Richter anzubringen, s. o. Note 2 u. Bl. f. RA. Bd. XXII S. 491 Note 2.

15) GO. a. a. O. Nr. 11.

z. B. bei Theilungsklagen, mehrere Interessenten zugleich das richterliche Amt angerufen haben, so soll das Loos über die Parteirolle des Klägers resp. Beklagten entscheiden[1]). Wenn mehrere Mitberechtigte ein Wahlrecht auszuüben haben, und sich darüber nicht verständigen können, so gibt das Loos den Ausschlag[2]); ebenso, wenn bei Theilungen in Frage ist, wie die einzelnen Stücke an die verschiedenen Personen auszutheilen seien, und jeder andere Anhaltspunkt für das richterliche Ermessen mangelt[3]).

§. 4.

Von Gerichtskosten und Schäden[1]).

Unter Gerichtskosten werden sowohl die Zahlungen verstanden, welche für Taxen, Stempel und zur Erstattung baarer Auslagen an die Sportelkasse des Gerichtes zu leisten sind, als auch die Advokatengebühren[2]), Schreiber- und Botenlohn, ferner was auf Stellung der

1) Fr. 13, 14 de judiciis (5, 1), fr. 2 §. 1 commun. divid. (10, 3).

2) §. 23 Inst. de legatis (2, 20); Const. 3 pr. commun. legat. (6, 43).

3) Seuffert PandR. Bd. II §. 359.

1) Martin Lehrb. §. 39, dess. Vorlesungen Bd. I S. 261 ff. und Bayer's Vorträge edit. VIII §. 24—28; Linde Lehrb. §. 119; A. D. Weber über die Prozeßkosten, deren Vergütung und Kompensation. ed. V. 1811; Gensler Handb. zu Martin's Lehrb. Abh. VI S. 190—456; Dernburg Abhandl. Frankf. a. M. 1849 S. 119 ff.; Bender im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXXV S. 240 ff. — Ueber Kostenvorschuß im Stadium der Exekution s. Bl. f. RA. Bd. XX. S. 353, Bd. XXII S. 283.

2) Welche auch ein Advokat in seiner eigenen Sache aufrechnen

Zeugen erläuft oder an sonstigen aus dem Prozesse erwachsenen Kosten, ohne besondere Probe, aus den Akten erhellt. Mit dem Worte „Schäden" bezeichnet hier die GO. „alle übrigen bei Gelegenheit des Streites, durch „Reisen, Zehrungen, Versäumnisse und sonst"[3]) gehabte Auslagen und erlittene Verluste, worüber, im Falle sie von dem anderen Theile zu erstatten sind, besondere Nachweisung geliefert werden muß.

„Die Gerichtskosten und Schäden können

1) „aus dreierlei Ursachen begehrt werden: nämlich wegen Ungehorsam des Gegentheiles oder geflissentlicher Prozeßverzögerung oder erhaltenen obsieglichen Urtheiles[4])."

Unter Ungehorsam wird hier jede Nichteinhaltung von

darf, Kreittmayr Anmerk. z. d. §en lit. f; nicht minder rechtskundige Bürgermeister, Magistratsräthe in Gemeinde- und Stiftungs-Prozessen, standesherrliche Konsulenten und gutsherrliche Beamten in den Prozessen ihrer Prinzipalen, auch Rechtskundige, welche sich selbst vertreten. — Bl. f. RA. Bd. II S. 347—8, Bd. XVIII S. 79*; Seuffert's Archiv Bd. III S. 227.

3) Hieher gehört auch die Remuneration der Insinuations-Mandatare (Bl. f. RA. Bd. II S. 221—3); ferner die durch Betretung des Administrativweges, vorgängig der Klage, verursachten Kosten. Vgl. OAGAkt. Nr. $630^{31}/_{38}$; Bl. f. RA. Bd. XIV S. 56. — S. übrigens unten Note 39. Vgl. auch Seuffert's Archiv Bd. IX S. 438.

4) Mehrere Streitgenossen haften für den Kostenersatz (abgesehen von besonderen Prozeßschritten einzelner Genossen) sammt und sonders (in solidum). Ist aber die solidarische Haftung im Urtheile nicht ausgesprochen und dieses rechtskräftig geworden, so hat Jeder nur seinen Antheil zu zahlen. Martin im Magazin f. d. Proz. H. 3. S. 377 f.; Seuffert's Arch. Bd. VIII S. 144. — Ueber die Verbindlichkeit des

Fristen und Terminen verstanden [5]), wenn sie dem Versäumenden oder seinem Anwalte zur Schuld angerechnet werden kann. Eine durch „ehehafte Hindernisse" entschuldigte Versäumniß hat nicht den Charakter des „Ungehorsams" [6]). Ist die Abhaltung eines anberaumten Termines durch das völlig unverschuldete Nichterscheinen des einen Theiles vereitelt worden, so liegt darin für den anderen kein Grund, die Erstattung der durch sein Erscheinen veranlaßten Auslagen zu begehren [7]); soferne nicht hinsichtlich der Benachrichtigung von dem eingetretenen Hindernisse ein Säumniß begangen worden.

Der Ausspruch über den wegen Ungehorsams oder geflissentlicher Prozeßverzögerung zu leistenden Kosten- und Schadensersatz wird nicht bis zum Endurtheile vertagt, sondern ist dem Zwischenbescheide oder prozeßleitenden Dekrete, in welchem über den Einfluß jener Ungebühr auf den Prozeßgang bestimmt wird, sogleich beizufügen; auch, wenn keine Hemmung der Rechtskraft durch Berufung oder

vom Streite Abstehenden zum Kostenersatze — s. Bd. II S. 143; Gensler a. a. O. S. 319 Note 224.

5) Es ist hier nur von Kosten und Schäden die Rede, welche durch Nichteinhaltung einzelner Fristen und Termine verursacht wurden. Die gemeinrechtliche Vorschrift, nach welcher die durch den ganzen Prozeß ungehorsame Partei die Kosten des Prozesses selbst im Falle ihres Sieges allein tragen soll, ist von der GO. nicht adoptirt.

6) Vgl. GO. V §. 10 Nr. 1 mit Novelle von 1837 §. 35.

7) Vorst über die Erstattung der Prozeßkosten §. 27 S. 27: „Wenn die eine obgelegene Handlung nicht vollziehende Partei ganz ohne Schuld ist, so muß der Gegner den ihm hiedurch veranlaßten Kostenaufwand als einen ihn treffenden Zufall betrachten."

Verwahrung eintritt, auf Begehren alsbald in Vollzug zu setzen [8]).

2) In der Regel wird der Ausspruch über Kosten und Schäden bis zum Endurtheile [9]) verschoben und in diesem deren Ersatz dem Sieger zuerkannt [10]).

3) Ausnahmsweise ist auf Vergleichung (Kompensation) zu sprechen [11]), „wenn der verlierende Theil „redliche Ursache zum Streiten gehabt hat, welches der „Richter lediglich aus den in actis vorkommenden Behel-

8) War der Kläger ungehorsam, so kann sein Gegner verlangen, daß derselbe vor Erstattung der durch den Ungehorsam verursachten Kosten nicht weiter zur Betreibung der Klage zugelassen werde. GO. V §. 10 Nr. 5. Vgl. Const. 15 de judiciis (3, 1). Gensler a. a. O. S. 448—9; Bl. f. RA. Bd. XIV S. 54.

9) Darunter ist aber auch Dasjenige zu verstehen, durch welches eine vorbereitende Präjudizial- oder Inzidentsache erledigt wird. Jedes Berufungsurtheil ist in Ansehung des eingewandten Rechtsmittels Endurtheil; deßwegen wird darin über die Kosten der Berufungsinstanz erkannt, wenn gleich der oberrichterliche Ausspruch in der Sache selbst ein interlokutorischer ist. Ueber Kosten im Editionspunkte s. Bl. f. RA. Bd. IX S. 251, im Kautionspunkte Bd. XIV S. 54.

10) Wenn es gleich in dem Endurtheile heißt, der eine Theil habe dem anderen sämmtliche Kosten zu vergüten, so sind doch darunter diejenigen, worüber bereits rechtskräftig erkannt war, nicht begriffen, und Ermäßigung (wo nicht sofort ein bestimmter Betrag zuerkannt wird) bleibt immer vorbehalten.

11) Welcher Ausspruch bewirkt, daß kein Ersatz stattfindet und die Urtheilskosten von beiden Parteien zu gleichen Antheilen entrichtet werden. Bl f. RA. Bd. I S. 97. Am Schlusse des §en bestimmt die GO.: „Soll man endlich zur Verhütung muthwilliger Streitigkeiten die Kosten nicht so leicht kompensiren.“ Vgl. Seuffert's Arch. Bd. I S. 291, Bd. II

„sen[12]) zu ermessen und dabei weder auf die Personen, „noch auf die streitige Sache selbst[13]), und ebenso wenig „auf die Kriegsbefestigung oder Publikation der Zeugen„aussagen[14]), und die von dem einen oder dem anderen „Theile abgelegten Juramente[15]) zu sehen hat.“

Die Regel, nach welcher dem Unterliegenden der Er=

S. 135, 287, wo mehrere Ursachen der Kostenkompensation angeführt sind.

12) Privatnotizen über den Charakter der Personen und ihre Ueberzeugung von Recht oder Unrecht der Sache können keinen Einfluß äußern.

13) D. h. weder ein Verhältniß der Personen (z. B. naher Verwandtschaft) noch Besonderheiten in dem Streitgegenstande rechtfertigen die Kostenvergleichung.

14) Die GO. verwirft die Ansicht, nach welcher die nach der Kriegsbefestigung resp. nach Kundgebung der Zeugenaussagen erwachsenen Kosten jedenfalls den Unterliegenden treffen sollen. Läßt sich im einzelnen Falle annehmen, daß für den Unterliegenden die redliche Ursache zum Streite auch nach den bemerkten Prozeßhandlungen fortgedauert, so ist der Richter nicht gehindert, die Kompensation auch hinsichtlich der später erwachsenen Kosten zu verfügen. — Wo aber der Richter die Ueberzeugung gewinnt, daß der Unterliegende von einem gewissen Stadium des Prozesses an zur Einsicht über sein Unrecht gekommen sein müsse, da kann die Vergleichung nur hinsichtlich der vorher gehabten Kosten Platz greifen.

15) Gegen die von manchen Schriftstellern geäußerte Meinung, daß überall, wo das Endurtheil auf einer Eidesleistung beruht, Kompensation eintrete. Allerdings kann dies ein Umstand von Gewicht sein, aber er entscheidet nicht für sich allein. Auch hier sind alle aktenmäßigen Behelfe wohl zu berücksichtigen (s. oben lit. a—f). Bei den nothwendigen Eiden insbesondere kommt es darauf an, ob der zu ergänzende Mangel oder der zu beseitigende Verdacht mehr oder minder bedeutend ist.

satz der Gerichtskosten und Schäden aufzubürden ist, fußt auf der Vermuthung, daß solche von demselben schuldvoll veranlaßt worden seien, indem er den Prozeß entweder mit Bewußtsein oder doch in kulposer Unkunde seines Unrechtes geführt habe [16]). Diese Vermuthung verliert aber ihre Kraft und Wirkung, wenn das Gegentheil, nämlich das Nichtsein einer Schuld des Unterliegenden [17]), zur Gewißheit oder zu hoher Wahrscheinlichkeit gebracht ist. Gute Behelfe sind es in dieser Hinsicht für den Unterliegenden:

a) „wenn er halben Beweis, z. B. durch einen Zeu„gen, gegentheiliges außergerichtliches Geständniß, com„parationem literarum und dergleichen für sich hat [18]);

16) Gensler a. a. O. S. 326.

17) D. h. daß er über die Ungerechtigkeit seiner Sache in einem entschuldbaren Irrthume gewesen. — In dieser Beziehung sind Schwierigkeiten in Ansehung der Frage, welche Gesetzgebung zur Anwendung komme, Mängel und Lücken der einschlagenden Gesetze oder Rechtsgeschäfte, verschiedene Meinungen der Schriftsteller über den anzuwendenden Rechtssatz, abweichende frühere Entscheidungen gleichartiger Fälle (soferne sie nicht klaren Gesetzen widerstreiten), Bedenken hinsichtlich der Subsumtion unter diese oder jene Vorschrift, Kollisionen des formellen mit dem materiellen Rechte, Unbekanntschaft mit den gegnerischen Beweisen, gegnerische Verschuldungen, überhaupt alle Umstände in billige Erwägung zu ziehen, welche den guten Glauben des Unterliegenden als glaubhaft und motivirt erscheinen lassen. — Daß übrigens demselben keine grobe Schuld zur Last fiel, ist nicht genug, um den Irrthum als entschuldigt gelten zu lassen. Auf der anderen Seite geht es auch nicht an, in jedem geringsten Versehen einen Grund zur Ausschließung der Kostenkompensation zu finden. Gensler a. a. O. S. 297.

18) Ueberhaupt, wenn der Erfolg der Beweisführung des einen

b) „wenn er von einem oder mehreren vornehmen „Rechtsgelehrten ein (ihm günstiges) rechtliches Gutachten „erhielt [19]);

c) „wenn der Fall in jure vel facto sehr zweifelhaft „und intrikat war [20]); oder

d) „in der unteren Instanz pro parte victa bereits „gesprochen worden ist [21]); oder

e) „der Streit mehr Punkte betrifft, und der Be„scheid in der Hauptsache partim pro, partim contra aus„fällt [22]); oder

Theiles nur durch die (direkte) Gegenbeweisführung des anderen vereitelt wurde. Gensler a. a. O. S. 336.

19) Soferne dasselbe nicht durch unrichtige oder unvollständige Darstellung der Sache erschlichen worden ist.

20) S. oben Note 17. Hieher gehört es insbesondere, wenn die Auslegung eines Vertrages oder letzten Willens Bedenken unterliegt.

21) Erfolgt in der dritten Instanz Bestätigung des in zweiter Instanz gesprochenen Urtheiles, so wird durch den Umstand, daß in erster Instanz zu Gunsten des jetzt unterliegenden erkannt war, die Vergleichung der Kosten dritter Instanz nicht gerechtfertigt; soferne nicht etwa die Motivirung des zweitrichterlichen Urtheiles mangelhaft war. — Im Uebrigen rechtfertigt schon eine theilweise Modifikation oder eine dem Appellanten Vortheil verschaffende Erläuterung des vorigen Urtheiles Vergleichung der Kosten der Berufungsinstanz.

22) Bei Prozessen über mehrere Posten, oder über Klage und Widerklagen; oder wenn dem Sieger nur ein Theil des Geforderten zuerkannt werden konnte. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 345. — Ist es nur ein Nebenpunkt, oder nur ein unbedeutender Theil des Streitgegenstandes, in welchem dem Begehren des Siegers nicht entsprochen wurde, oder lag die Festsetzung des Betrages in richterlichem Ermessen, so ist

f) „wenn der verlierende Theil nicht in facto proprio, „sondern alieno, mithin in justa ignorantia versirt, wie es „bei Erben und successoribus oft geschieht."

Wenn ein Rechtsnachfolger [23]) gegen ihn vorgebrachte Thatsachen, von welchen er keine Kunde hat, und worüber noch keine ausreichenden Beweise vorliegen, in Abrede stellt, so trifft ihn kein Vorwurf. Anders verhält es sich, wenn er seinerseits Thatsachen aus der Zeit eines Rechtsvorgängers, ohne sich über ihre Wahrheit genügende Proben verschafft zu haben, klagend oder einredend behauptet; in dieser Stellung kann er die Unbekanntschaft mit dem fremden Faktum zum Zwecke der Befreiung vom Kostenersatze nicht vorschützen [24]). Ueberhaupt gilt diese Ausnahme

die Differenz des Geforderten und Zugesprochenen kein Grund, die Kosten des ganzen Streites zu kompensiren. Es kommt hier auf den Einfluß an, welchen die Zuvielforderung auf die Verhandlung gehabt hat. Gensler a. a. O. S. 328 Note 235. Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 332, Bd. XXII S. 496. — Hat der Beklagte einen Theil der Forderung sofort zugestanden. und in Ansehung des Uebrigen, nach geführtem Prozesse, ein freisprechendes Urtheil erwirkt, so ist er als Sieger zu betrachten, und hat auf Kostenersatz Anspruch; soferne nicht dem Kläger besondere Gründe der Kompensation zur Seite stehen. Gensler a. a. O. S. 329—30 Note 236. — Dieser Schriftsteller führt es noch als Motiv zur Kostenvergleichung an: „wenn ein Theil des Vortrags der siegenden Partei zu vergeblichen, durch das Wechselverfahren hindurch laufenden Verhandlungen Veranlassung giebt, und am Ende des Prozesses als zweck= oder grundlos erkannt wird."

23) Insbesondere auch Nachfolger im Gutsbesitze bei Streiten über Realrechte.

24) Fr. 42 de reg. juris. Gensler a. a. O. S. 287 Note 193.

nicht für diejenigen Kosten und Schäden, welche aus der Fortsetzung des Prozesses nach gelieferter Probe [25]) erwachsen sind.

Was von dem Nichtwissen (ignorantia) Rechtens ist, muß auch für das Unrichtigwissen (error) Anwendung finden [26]). Man kann daher Kreittmayr's Lehre, daß selbst ein gänzlich unverschuldeter Irrthum vom Kostenersatze nicht befreie, nur für diejenigen Fälle gelten lassen, in welchen die irrige Meinung in Behauptungen, zur Begründung einer Klage, Einrede u. dgl. geltend gemacht worden ist [27]).

Hat er in solchem Falle seinem Gegner den Eid zugeschoben, und dieser ihn abgeleistet, so liegt auch darin kein Grund zur Kostenkompensation. S. oben S. 253. Bei leichtsinnig erhobenen Prozessen könnten sonst Eideszuschiebungen auf Geradewohl zum Mittel, dem Kostenersatze zu entgehen, mißbraucht werden.

25) Bei dem Beweise durch Privaturkunden ist die Probe erst nach Herstellung der Aechtheit geliefert.

26) Mühlenbruch PandR. §. 95: „Irrthum und Unwissenheit unterscheiden sich so von einander, daß unter jenem eine falsche Vorstellung, unter dieser der Mangel aller, oder doch aller bestimmten Vorstellung von einer Sache verstanden wird. Da auf diesen Unterschied wesentlich nichts ankommt, wenn von dem rechtlichen Einflusse dieser Begriffe die Rede ist, so bedarf es für die folgende Darstellung auch keiner Unterscheidung der Ausdrücke." — In dem Pandektentitel de jur. et facti ignor. (22, 6) werden die Ausdrücke ignorantia und error als rechtlich gleichbedeutend gebraucht. Auch Kreittmayr (in den Anmerk. zum LR. Th. I Kap. I §. 7) stellt es als gleichwirksam dar, ob etwas aus Irrthum oder Unwissenheit geschehen ist.

27) Vgl. Gensler a. a. O. S. 400—2.

Daß auf eingewandte Berufung ein bestätigendes Erkenntniß erfolgt, schließt, wo sich die Entscheidung als eine wirklich zweifelhafte darstellt, die Kompensation der in der höheren Instanz erwachsenen Kosten nicht aus [28]). Haben beide Theile Beschwerde geführt, so kann sich Anlaß ergeben, den oben unter e) angeführten Kompensationsgrund zu bethätigen [29]).

Das Obsiegen mit einem Restitutionsgesuche [30]) berechtigt den Imploranten nicht, Erstattung der auf das Gesuch und die Nachweisung des Restitutionsgrundes erwachsenen Kosten zu begehren; auch ist er hinsichtlich des Bescheides, welcher die Restitution bewilligt, als Extrahent zu betrachten [31]). Wenn jedoch der Gegner durch unerhebliche Einwendungen schuldvoll eine weitere Streitverhandlung über den Anspruch auf Restitution veranlaßt hat, oder wenn diese Rechtswohlthat wegen einer früheren Gefährde des Gegners gewährt wird, so tritt der allgemeine Grundsatz in Anwendung: wer Kosten durch seine Schuld versucht hat, muß sie allein tragen resp. dem andern Theile erstatten. — Die durch beigebrachte Nova motivirte Reszission eines rechtskräftigen Erkenntnisses erstreckt sich nicht auf den Ausspruch über den Kostenpunkt, soferne nicht aus dem neuen Vorbringen zugleich erhellte, daß der Geg-

28) Zumal, wenn die Motivirung des vorigen Urtheiles fehlerhaft oder sonst ungenügend ist. Seuffert's Archiv Bd. I. S. 421.

29) Im Falle die durch die eine Beschwerdeführung verursachten Kosten viel bedeutender sind, als die der anderen, so ist über den Kostenpunkt einer jeden derselben besonders zu erkennen.

30) Gegen eine Sentenz oder den Ablauf einer Frist. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 45.

31) Welcher die Gerichtssporteln zu bezahlen hat.

ner auch in dem früheren Prozesse ein muthwilliger Streiter (temere litigans) war [32]).

Wird ein Erkenntniß als unheilbar nichtig aufgehoben, so trifft die Aufhebung auch den Ausspruch über den Kostenpunkt, und es werden zugleich, wenn etwa die Ursache der Nichtigkeit in Verschulden des einen Theiles liegt, die Kosten des nichtigen Verfahrens diesem aufgebürdet [33]). — Was Kosten und Schäden des Nullitätsprozesses angeht, so gelten darüber die allgemeinen Grundsätze.

4) Wird in einem Enderkenntnisse der Kostenpunkt übergangen, so ist Kompensation anzunehmen; Uebergehung in einem Zwischenbescheide als Vertagung des Ausspruches bis zum Enderkenntnisse aufzufassen [34]).

Das Urtheil über Kosten und Schäden kann Gegenstand besondrer Beschwerdeführung sein. Wurde in der Hauptsache appellirt, so hat der Oberrichter von Amtswegen zu prüfen, ob der Ausspruch der Vorinstanz über den Kostenpunkt sachgemäß oder nicht.

32) Gensler a. a. O. S. 415—24.

33) Gensler a. a. O. S. 425. Lag ein Verschulden des Richters zu Grunde, so kann dessen Verbindlichkeit, die Kosten des nichtigen Verfahrens zu erstatten, durch Disziplinarerkenntniß des Obergerichts ausgesprochen werden. Vgl. Nov. von 1837 §. 9 Abs. 3; OAGE. vom 25. Mai 1841 Nr. 1529 $^{39}/_{40}$. Seuffert's Archiv Bd. I S. 291, Bd. II, S. 288. Wiederholte Erkenntnisse werden tax- und stempelfrei erlassen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. X S. 252. a. E.

34) GO. a. a. O Nr. 4. Gensler a. a. O. S. 444; Bl. f. RA. Bd. V S. 275. Schweigt ein Berufungserkenntniß von den Kosten der Berufungsinstanz, so sind sie kompensirt; schweigt dasselbe von den Kosten der ersten Instanz, so ist dies, je nachdem der Oberrichter interloquirt oder endlich erkennt, als Vertagung oder Kompensation aufzufassen.

5) In dem Enderkenntnisse, welches den einen Theil in die Kosten verurtheilt, hat sogleich die Festsetzung des zu erstattenden Betrages zu geschehen. Zu diesem Ende sind die Kostenverzeichnisse vor dem Spruche einzureichen [35]), und, ohne den Gegentheil darüber zu hören [36]), von Amtswegen zu würdigen. Es soll „secundum aequum et bo„num auf ein gewisses proportionirtes Quantum gespro„chen werden." Die Billigkeit fordert, diejenigen Kosten vom Ersatze auszuschließen, welche als ein willkürlicher, übermäßiger, unmotivirter Aufwand erscheinen [37]); z. B.

35) Nach den Disziplinarvorschriften von 1813 Nr. 5 sind die Advokaten bei Vermeidung einer Strafe von 1 Rthlr. verbunden, die Kostenverzeichnisse mit der letzten Schrift oder 8 Tage nach der protokollarischen Schlußverhandlung einzureichen. Diese Ordnungsstrafe kann jedoch nicht verhängt werden, wenn ein Zwischenbescheid ergeht. Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 82, Bd. XII S. 368. Vgl. auch die Advokaten-Gebühren-Ordnung vom 15. Dezember 1852 Art. 7 a. E.

36) Diesem muß daher die Befugniß zustehen, gegen die Festsetzung zu remonstriren. Nov. v. 1837 §. 55.

37) Gensler a. a. O. S. 250. Gemeinhin wird die Prüfung der Kostenverzeichnisse der Advokaten nur aus dem Standpunkte der Normen vorgenommen, welche darüber bestimmen, was der Advokat seinem Klienten aufrechnen darf. Diese Einseitigkeit verdient Mißbilligung. Eine ganz andere Frage ist es, ob sich nicht in den vom Sieger verzeichneten Kosten manche befinden, deren Ersatz dem Unterliegenden ohne Unbilligkeit nicht zugemuthet werden kann. Auch diese Erwägung ist dem Richter von der GO. a. a. O. zur Pflicht gemacht. Nicht selten kommen Ansätze in den Kostenverzeichnissen vor, welche zwar nicht dem Advokaten, im Verhältnisse zu seinem Klienten, wohl aber der ersatzberechtigten Partei, im Verhältnisse zu der ersatzpflichtigen, gestrichen werden können und sollen. Bei dem billigen Ermessen, nach

die durch überflüssige Prozeßschriften, ungeeignete Anträge oder den Gebrauch unnöthiger oder unerheblicher Beweismittel, etwa durch einen vom Sieger beantragten zwecklosen Augenschein, durch Abhörung von nichtswissenden Zeugen, verursachten Kosten.

Die Verzeichnung vor und die Betragsfestsetzung in dem Endurtheile ist aber nur hinsichtlich der Gerichtskosten im engeren Sinne, nicht aber für diejenigen Auslagen und Verluste angeordnet, welche hier von der GO. „Schäden" genannt werden (s. oben S. 250). Hierüber wird, wie über zu vergütende Früchte und sonstige Nebenleistungen [38]), im Endurtheile die Verbindlichkeit, nach Beschaffenheit der Sache, ohne Zahlbestimmung ausgesprochen [39]), und, nach eingetretener Rechtskraft des betreffenden Ausspruches, zur Feststellung des Betrags ein sog. Liquidationsverfahren gepflogen (Vgl. Bd. III. S. 457.) Auch für Aufrechnungen dieser Art dient zur Richtschnur, daß außerordentliche, willkürliche Auslagen des Siegers, wie z. B. für Reisen eines in großer Entfernung vom Gerichtsorte wohnenden Sachführers, dem Unterliegenden nicht aufzubürden sind [40]).

welchem der Betrag festzusetzen ist, mag auch auf Werth und Wichtigkeit des Streitgegenstandes Rücksicht genommen werden. — In dubio (verordnet die GO. am Schlusse des §en) soll man das Quantum per aversum allezeit mehr erhöhen, als vermindern.

38) Auf gleiche Weise folgt dem rechtskräftigen Urtheile eine Liquidationsinstanz, wenn jenes auf eine sog. Universal- oder Generalklage ergangen ist. S. Bd. III S. 457.

39) Die Verurtheilung in die Kosten überhaupt umfaßt auch Erstattungen dieser Art.

40) OAGE. vom 26. März 1822 (Kleinhainz ca Stieber), vom 21. Jan. 1825 (Mulzer ca Pelloth). — Vgl. Gensler a. a. O. S. 196 Note 12; Seuffert's Archiv Bd. I S. 292.

Uebrigens hat das in der Hauptsache zuständige Gericht über den Kostenpunkt auch in Ansehung der Nebenpersonen zu erkennen, welche an demselben gelegenheitlich Theil genommen haben oder denen Kosten dadurch verursacht wurden, so der Litisdenunziaten, Adcitaten, Intervenienten [41]), Zeugen, Editionspflichtigen, oder der Cedenten, welche nach GO. XIII §. 1 Nr. 3 einen Eid zu leisten haben [42]).

41) So weit die Intervention als Inzidentpunkt verhandelt worden.

42) Bl. f. RA. Bd. V S. 95, Bd. XVIII S. 123; Seuffert's Archiv Bd. 1 S. 293.

Achtzehntes Kapitel.

Von der Exekution.

Achtzehntes Kapitel.

Von der Exekution[1]).

Vorbemerkung.

Das Exekutionsverfahren besteht seiner Bestimmung nach hauptsächlich aus Vollzugshandlungen, zu deren Einleitung aber sowohl Partei-Verhandlungen, als auch mannigfache richterliche Dekrete und Bescheide vorkommen.

1) Martin im Lehrb. §. 261—273, dess. Vorles. Bd. II. S. 346 ff.; Bayers Vorträge edit. VIII §. 333 ff.; Linde im Lehrb. §. 365 f.; Mittermaier d. gem. d. bürgerl. Proz. Beitrag III. S. 118 f. J. J. Kiliani Betrachtung über das Kapitel von der Exekution im revidirten Entwurfe der Prozeßordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern. Würzburg 1828. (Diese Schrift ist zunächst legislativen Erörterungen gewidmet, enthält aber auch gute Bemerkungen in Bezug auf Anwendung der bestehenden Gesetze. Dieselbe wurde bei Entwerfung der Prozeßnovelle von 1837 und in den Berathungen darüber mehrfach benützt). — (Anonym) Das gerichtliche Exekutionsverfahren in Bayern in seiner jetzigen Ausbildung zum prakt. Gebrauche. Nürnberg 1830. — Lehner Lehrb. des bayer. Hypothekenrechtes und der Prioritäts-Ordnung mit dem Konkurs- und dem Exekutionsprozesse Bd. II. §. 104—165; L. Knorr das Exekutionsverfahren nach gemeinem Rechte. Gießen, 2. Ausg. 1851. Lotz, von der Vollstreckung gerichtl. Erkenntnisse im Arch. f. civ. Prax. Bd. XIII S. 432. Bd. XIV S. 136.

Das Verfahren in dem Stadium der Exekution ist im Allgemeinen als ein höchst summarisches zu bezeichnen. Protokollarisches Gehör, kurze Fristen, Wirkungslosigkeit illiquiden Vorbringens, Beschleunigung der Bescheidserlassung, Beschränkung der Rechtsmittel resp. des Suspensiveffektes — prägen diesen Charakter aus. In Ansehung der Abfassung der Verfügungen und Bescheide, insbesondere in Ansehung des Erfordernisses der Kollegialberathung, gilt nichts Besonderes [2]).

§. 1.

Wann und wie die Exekution erkannt werden soll.

Exekution (Vollstreckung, Hülfsvollstreckung) heißt die richteramtliche Röthigung eines Verurtheilten, dem gerichtlichen Urtheile Genüge zu leisten. Die Verurtheilung ist gemeinhin gegen den Beklagten [1]), kann aber auch — im Kostenpunkte — gegen den Kläger gerichtet sein. Exekution kommt auch bei Zwischenbescheiden vor, welche einen Zwischen-Streitpunkt z. B. über die Editions-Verbindlichkeit entscheiden, ferner auch bei provisorischen Verfügungen. Hier handelt es sich zunächst von der Exekution der Endurtheile. Die Vollstreckung ist in der Regel durch die

2) Vgl. hierüber Bd. III. S. 429 Note 1. und S. 430 Not. 2.

1) Oder Widerbeklagten. — Wenn bei judiciis duplicibus auch der Kläger in der Hauptsache verurtheilt werden kann, so hat dies eben darin seinen Grund, weil bei Klagsachen dieser Art jeder Theil beide Parteirollen, des Klägers und des Beklagten, in sich vereinigt. Gajus IV. §. 160. „Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partis sustinet."

Rechtskraft des Urtheiles bedingt. So lange noch ein ordentliches Rechtsmittel übrig ist, findet (abgesehen von den oben S. 121 — 122 bemerkten Fällen) die Vollstreckung nicht statt. Dieselbe geschieht nicht von Amtswegen, sondern „auf schriftliches oder protokollarisches Anrufen des obsiegenden Theiles [2]).“ Auf dieses treten nicht sogleich richterliche Einschreitungen zur Nöthigung des Verurtheilten ein, sondern es wird demselben vorerst, unter Mittheilung des gegnerischen Anrufens, ein Termin vorgesteckt, innerhalb dessen er bei Vermeidung der Exekution dem Urtheile Genüge leisten soll [3]). Dieser Termin ist, wenn die Forderung die Summe von fünfzig Gulden nicht übersteigt, auf 14 Tage, wenn sie mehr als fünfzig, aber nicht mehr als zweihundert Gulden beträgt, auf vier Wochen, und wenn sie diese Summe übersteigt, auf sechs bis acht Wochen vorzustecken. In Fällen, in welchen es sich nicht von Zahlung einer Geldsumme handelt, steht es in richterlichem Ermessen, „einen zwei-, drei- oder höchstens sechswöchentlichen Termin“ zu bewilligen. Auf größere oder geringere Schwierigkeit der Folgeleistung kommt es an [4]).

2) Prozeßstrafen und Gerichtssporteln werden von Amtswegen beigetrieben.

3) Zu Erlassung dieses Dekretes bedarf es bei Kollegialgerichten keine Kollegialberathung. OAGE. vom 26. April 1839 Nr. 1091 $^{37}/_{38}$.

4) Gegen Denjenigen, welcher eine individuelle Sache abzutreten verpflichtet ist, wird bei der Exekutionsandrohung mit abgekürzten Terminen verfahren, weil es zur Abtretung einer Sache gerade nicht viel Zeit bedarf. Anmerk. e zu GO. XVIII. §. 1 Nr. 1; die im §. 30 der Nov. v. 1819 festgesetzten Termine beziehen sich nur auf die Exekution wegen rechtskräftig entschiedener Geldforderungen. Vgl. das gerichtl. Exekutionsverf. in Bayern. (Nürnb. 1830) §. 17.

Wo Gefahr auf dem Verzuge, z. B. wenn in Gemäßheit des Urtheiles ein gefahrdrohender Bau weggenommen werden soll, findet die Vorschrift, daß wenigstens ein zweiwöchentlicher Termin zu bewilligen, keine Anwendung; eben so wenig da, wo blos ein Unterlassen durch Strafandrohungen erzwungen werden soll.

Wenn das Quantum, welches der Verurtheilte zahlen soll, „noch nicht in Richtigkeit ist," so muß der Vollstreckung noch ein Liquidationsverfahren vorhergehen [5]). Vgl. hierüber Bd. III. S. 456 — 7. Bd. IV. S. 261. Mangelt es noch an der Liquidstellung nur bei einem Theile der Streitpunkte, so soll dadurch die Vollstreckung in Ansehung der liquiden Punkte nicht aufgehalten werden [6]). Dies gilt auch für den Fall, wenn in der Vorklage der Beklagte, in der Widerklage der Widerbeklagte verurtheilt worden, und nur bei diesem oder jenem der Urtheilsposten eine Liquidation erforderlich ist [7]). Kreittmayr bemerkt

5) Die Liquidation geschieht durch eine Spezifikation, welche der Gläubiger z. B. über gehabte Kosten und Schäden einreicht, oder welche der Schuldner z. B. über die Bestandtheile einer universitas rerum oder über gezogene Früchte — einzureichen, angehalten wird. In letzterem Falle ist das Exekutions-Anrufen zunächst darauf gerichtet, dem Imploraten die Einreichung der fraglichen Spezifikation bei Vermeidung von Zwangseinschreitungen aufzugeben.

6) Schon am Anfange eines Prozesses kann es vorkommen, daß der Beklagte einen Theil der Forderung zugesteht, und Widerspruch oder Einreden, nur in Ansehung des anderen entgegensetzt. Unbedenklich kann sofort in Betreff des gerichtlich zugestandenen Theiles auf Vollstreckung angetragen werden.

7) Verschieden von dem Falle, wenn die Gegenforderung nur zur Begründung einer Einrede gebraucht wurde und dazu

für solche Fälle in der Anmerkung lit. f., die Vollstreckung in Ansehung der liquiden Posten finde zur Zeit nicht statt, wenn der Gegentheil um das ausgestellte illiquidum keine Kaution leisten [8]), d. h. keine Sicherheit dafür aufbringen kann, daß er künftig Dasjenige zahlen werde, was die Liquidationsinstanz als seine Schuldigkeit ergeben wird. Da jedoch diese Beschränkung in das Gesetz nicht aufgenommen wurde, vielmehr dieses allgemein verordnet, das liquidum solle mit dem illiquido niemals gesperrt werden, so muß man Bedenken tragen, die Lehre Kreittmayr's als praktisches Recht anzuerkennen [9]).

Die Einleitung des Exekutionsverfahrens auf Anrufen des siegenden Theils setzt übrigens voraus, daß sich dem Richter bei Vergleichung des Anrufens mit dem Inhalte des zu vollstreckenden Urtheiles keine besonderen Bedenken darbieten. Solche Bedenken können obwalten, wenn etwa

dienlich aber noch illiquid ist, in welchem Falle, soweit die Summen zusammentreffen, im gewöhnlichen Verfahren vor der Durchführung des Beweises der Gegenforderung auch in Ansehung der Forderung keine Verurtheilung ausgesprochen wird. Vgl. OAGE. in Nr. 1262$^{10}/_{11}$.

8) Bei obiger Lehre schwebte wohl der Grundsatz vor, nach welchem Klage und Widerklage, die Anbringung der letzteren in der Vernehmlassung vorausgesetzt, gleichzeitig zu verhandeln und zu erledigen sind. Wenn die eine von beiden bereits zur Erledigung gelangt ist, während die andere noch in der Verhandlung schwebt, so wird die Verbindung noch durch die gedachte Kaution aufrecht erhalten. — Aehnliche Erwägungen liegen der Vorschrift der Novelle von 1819 §. 8 Nr. III über Verbindlichkeit zur Sicherstellung bei vorbehaltener Nachklage zu Grunde.

9) Vgl. Nov. von 1819 §. 8, Nr. II. Bl. f. RA. Bd. XIV. S. 156.

Dasjenige, was der Implorant auf dem Grunde eines rechtskräftigen Urtheiles beantragt, in demselben nicht ausdrücklich zugesprochen ist, sondern daraus nur gefolgert werden will, oder wenn das Urtheil undeutlich abgefaßt ist und darüber Zweifel obwalten, ob die Bitte des Anrufens um Exekution dem richtigen Sinne entspreche, oder wenn die Vollstreckung erst nach einer Reihe von Jahren und nach eingetretener oder doch muthmaßlicher Veränderung der Umstände nachgesucht wird; oder wenn das Anrufen von Seite eines angeblichen Rechtsnachfolgers geschieht oder gegen einen Dritten gerichtet ist [9a]). Wo nun in dergleichen Fällen die Lösung des Bedenkens aus den vorliegenden Akten nicht zu entnehmen, hat der Richter vorerst zu diesem Zwecke summarische Verhandlung einzuleiten [10]), oder den Imploranten, bei erscheinender Veränderung faktischer Grundlagen des früheren Verfahrens [11]), zu förmlicher Klagestellung zu verweisen. Nicht selten kommen Rechtsstreite vor, in welchen es sich um die Wirksamkeit eines rechtskräftigen Urtheiles bei modifizirten faktischen Verhältnissen handelt [12]).

9a) Bl. f. RA. Bd. XV S. 140.

10) Z. B. Wenn ein Dritter als Cessionar das zu Gunsten des ursprünglichen Gläubigers gesprochene Urtheil vollziehen lassen will, und dessen Legitimation noch nicht außer Zweifel gestellt ist. Nach Beschaffenheit der Einwendungen, welche gegen die Wirksamkeit der Cession — etwa zufolge der lex Anast. gemacht werden, kann sich die Sache dazu eignen, den Imploranten zur Klagestellung ex re judicata zu verweisen.

11) Oder auch bei obwaltender Ungewißheit darüber, ob die faktischen Verhältnisse jetzt noch diejenigen sind, welche das Urtheil voraussetzt.

12) Z. B. eines vor Jahren gesprochenen Urtheiles über die Grenzverhältnisse zweier Grundstücke, über die nachbarlichen

Die Rechtskraft eines Urtheiles gilt zwar unter den Parteien [13]) nicht blos für den Inhalt der Dispositivworte, sondern auch für jede Entscheidung der unter den Parteien verhandelten Streitpunkte, welche jenem Ausspruche zu Grunde liegt und in den beigefügten Entscheidungsgründen vorgetragen ist [14]); so daß, wenn in späteren Verhandlungen dasselbe Rechtsverhältniß, dieselben Streitpunkte wieder zur Sprache kommen, die Kraft der entschiedenen Sache angerufen werden kann [15]). Allein ein Anrufen um Exekution wird durch diese Zwischenentscheidungen nicht begründet. Wenn z. B. eine rechtskräftige Verurtheilung nur verfallene Termine einer Forderung auf wiederkehrende Leistungen zum Gegenstande hat, so kann der Umstand, daß dieser Verurtheilung die Anerkennung des Rechtsverhältnisses im Ganzen zu Grunde liegt, ein Exekutionsgesuch in Ansehung der später verfallenen Termine nicht begründen [16]). Vielmehr muß hier der Sieger neue Klage stellen, für welche jedoch die vorliegende res judicata einen neuen liquiden Grund an die Hand gibt, und die Verhand-

Beziehungen zweier Gebäude, nachdem mittlerweile Veränderungen mit den Lokalitäten vorgegangen sind.

13) Und den dritten Personen, welche aus besonderem Grunde die Rechtskraft des Urtheiles gelten lassen müssen. S. Komment. Bd. III. S. 476 f. Vgl. unten §. 5. Bl. f. RA. Bd. XI. S. 198. Ueber Litisreassumtion im Exekutionsverfahren s. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 140.

14) Komment. Bd. III S. 473 f. Keinen Unterschied macht es, ob die Entscheidungsgründe des Endurtheiles, oder die eines früheren rechtskräftigen Interlokutes die Entscheidung des fraglichen Streitpunktes enthalten.

15) Fr. 3, 5, 7 §. 4 de exc. rei jud. (44, 2). Bl. f. RA. Bd. IX. S. 142, 412. S. jedoch oben S. 3. Note 2.

16) Bl. f. RA. Bd. IX. S. 143.

lung im Exekutivprozesse [17]) oder die Auswirkung eines bedingten Mandates [18]) ein schleuniges Resultat verspricht.

Inwiefern ohne Vorhandensein eines rechtskräftigen Urtheiles auf dem Grunde eines gerichtlichen Geständnisses, eines Vergleiches [19]) oder Schiedspruches Exekution gesucht werden könne, ist bereits früher vorgekommen. S. Bd. III. S. 264 — 6, Bd. IV. S. 244 Nr. 8.

Auch auf dem Grunde der Eintragung eines Kapitals im Hypothekenbuche findet, wegen Zinsenrückstandes von den letzten 2 Jahren [20]), nach §. 52 des Hyp. Gesetzes, ohne vorhergegangenes Urtheil ein Exekutionsverfahren statt, darüber vgl. Bd. II. S. 73 f.

Das Exekutionsrecht, welches den Gerichtsherren nach

17) Komment. Bd. II. S. 56.

18) Komment. B. II. S. 250 f.

19) Vgl. OAGE. in Nr. $36^{37}/_{38}$ und Nr. $15^{39}/_{40}$. Daß auch in dieser Beziehung ein von Siegelmäßigen in der Beil. VIII. zur BU. §. 2 bezeichneten Form eingegangener Vergleich dem gerichtlichen gleichzuachten sei, zeigt Kiliani a. a. O. S. 11. Indessen bezieht sich die in ober- und oberstrichterlichen Erkenntnissen vorliegende Anerkennung des Lehrsatzes, daß auf dem Grunde eines rechtsgültigen Vergleiches Exekution gesucht werden könne, nur auf gerichtliche Vergleiche. Vgl. Bl f. RA. Bd. I. S. 231 f.; Bd. VII. S. 410. — Eine Ausführung gegen jenen Lehrsatz findet sich in Gett prakt. Erörterungen S. 168 f.

20) In Bezug auf das Kapital und die älteren Zinsen kann der Eintrag im Hypothekenbuche die sofortige Einleitung des Exekutionsverfahrens nicht rechtfertigen; es muß darüber ein rechtskräftiges Urtheil vorliegen. OAGE. vom 26. April 1839 Nr. $1091^{37}/_{38}$.

§. 117 der VI. Beil. z. Verf.=Urk. zustand, ist mit dem Uebergange der Gerichtsbarkeit von den Standes= und Gutsherren auf den Staat in Folge des Gesetzes vom 4. Juni 1848, die Aufhebung der standes= und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit btr., für dieselben verloren gegangen; das Pfändungsrecht, welches die Beil. VI z. Verf.=Urk. §. 118 ff. den Gutsherren, noch abgesehen vom Rechte der Gerichtsbarkeit, eingeräumt hatte, ist mit der Grundherrlichkeit, welche seine rechtliche Basis war, erloschen [21]).

Durch das Gesetz, die exekutorischen Urkunden btr., v. 1. Juli 1856 (Ges.=Bl. S. 387 ff.), sind gerichtlich protokollirte Verträge und Schuldbekenntnisse, aus welchen die Person des Berechtigten und Verpflichteten, der Schuldgrund, Gegenstand und Zeit der Leistung erhellen, nach Maßgabe des gedachten Gesetzes exekutorisch, wenn Derjenige, gegen welchen die Urkunde wirken soll, bei der Protokollirung oder später die Exekutivklausel in dieselben hat einrücken oder ihr beisetzen lassen. Es hat dieses die Wirkung, daß von dem zuständigen Gerichte auf Antrag des Berechtigten ohne vorgängiges Streitverfahren die Hülfsvollstreckung einzuleiten ist, wenn die den Eintritt der letzteren bedingenden Thatsachen durch die exekutorische Urkunde und, insoweit es sich von dem Nachweise einer den Vollzug mitbedingenden Thatsache handelt, wenigstens durch eine andere öffentliche Urkunde nachgewiesen sind.

Für den Fall, daß eine Masse nicht vorhanden ist, und die Kosten auch nicht sogleich vom Schuldner erhoben werden können, hat der auf Exekution dringende Gläubiger zwar nicht die eigentlichen Gerichtskosten, nämlich Taxen und Stempel, wohl aber die erforderlichen Baarauslagen für Diäten der Gerichtskommission, dann für Schätz=

21) Pözl Lehrb. des bayer. Verfassungsrechtes 2. Aufl. S. 178 ff.

ungs= und Insertionsgebühren, vorzuschießen und beziehungsweise die von dem Aerare gemachten Vorschüsse zu vergüten [22]).

§. 2.

Durch Wen die Exekution geschehen soll?[1])

I.

Die Exekution soll nicht aus eigener Gewalt, sondern obrigkeitlich, und zwar wo ein rechtserhebliches Bedenken [2]) dagegen nicht vorhanden ist, durch den Richter erster Instanz [3])........ verfügt werden.

Gegen aktive, pensionirte oder á la Suite angestellte

22) Zeitschr. für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern Bd. I S. 571 Nr. IV; Bl. f. RA. Bd. XX S. 353, Bd. XXII S. 283.

1) Es handelt sich hier von der Exekution richterlicher Urtheile und Verfügungen. Von den Exekutions=resp. Pfändungsbefugnissen der Finanzbehörden, Gemeinde= und Stiftungsverwaltungen wird anhangsweise unten in der Abth. IV dieses §en gesprochen werden.

2) Walten rechtserhebliche Bedenken (Rekusationsgründe) gegen den zuständigen Richter erster Instanz ob, so ist nach den zu Kap. I §. 20 (Bd. I S. 276 ff.) vorgetragenen Grundsätzen ein anderes Gericht zu kommittiren.

3) Ist in foro contractus verhandelt und entschieden worden, so kann der Sieger die Exekution nicht bei dem Domizils-Forum des Besiegten nachsuchen. Die Zuständigkeit zur Vollziehung eines Beschlusses ist die nothwendige Folge der Kompetenz zur Erlassung desselben. Vgl. OAGE. vom 20. Juni 1853 (Regb. S. 855 ff.); vom 3. Okt. 1854 (Regb. S. 929). Auch hier kann eine Prorogation im gewissen Sinne vorkommen. Seuffert's Archiv Bd. IX S. 112.

Offiziere, sowie gegen Unteroffiziere, Soldaten und andere im Militäre Angestellte dieser Klassen, wenn sie im aktiven Dienste sind, soll der Vollzug der Hülfsvollstreckungs-Erkenntnisse mittelst Zwang an der Person, mittelst Auspfändung von Mobilien, oder mittelst Beschlagnahme der Gage (auf Requisition des Gerichtes) durch die vorgesetzte Militärbehörde geschehen, von welcher die ausgepfändeten Mobilien oder die Gageabzüge dem erkennenden Gerichte zur weiteren Verfügung übergeben oder dem Ansinnen desselben gemäß zu dem unmittelbaren Empfange bei den Kassen den Berechtigten angewiesen werden müssen [4]).

II.

„Wenn die Person oder das Gut, woran dieselbe voll„streckt werden soll, nicht unter denselben" (d. h. den für „die Rechtssache zuständigen Richter erster Instanz), „sondern „unter einen andern Gerichtszwang gehört, soll die Exeku„tion durch die in subsidium requirirte Obrigkeit verfügt „werden [5]). Diese hat sich auch derselben weder zu wei„gern, noch einer Kognition anzumaßen, außer in Sachen, „welche nur den modus executionis betreffen."

Nach dem neueren Rechte (Novelle von 1819 §§. 30, 31) hat der requirirte Richter auch über die Streitfragen,

4) Gesetz vom 15. August 1828, die Militärgerichtsbarkeit in bürgerl. Rechtssachen betr., §. 7.

5) Zu den Fällen, wo ein Bezirksgericht das Landgericht in Gemäßheit des Art. 23 des Gesetzes vom 1. Juli 1856, über die Gerichtsverfassung ꝛc., um Vornahme einer ihm zustehenden Handlung ersuchen wird, wird insbesondere auch die Ausführung von Exekutionen gehören. Edel z. a. Ges. S. 152 Nr. 6.

welche Art und Fortgang der Exekution betreffen, keine Kognition [6]).

Vielmehr hat die Partei, gegen welche die Exekution eingeleitet wurde, alle Einwendungen gegen deren Verhängung und vorgeschlagene Art bei dem Richter anzubringen, von welchem das einleitende Dekret ergieng, und dieser hat darüber zu entscheiden. Erst nach dieser Entscheidung kommt es zur Requisition des anderen Richters, welcher zur Ausführung der bereits festgestellten Exekution Hülfe leisten soll [7]).

Hat gleich der von einer inländischen Behörde requirirte Richter über Rechtsbestand und Rechtskraft des zu

6) v. Stürzer CGV. S. 852 — 3. Für den Fall jedoch, wenn es sich von Vergantung eines verhypothezirten Immobile handelt, und das Gericht der gelegenen Sache requirirt ist, gilt nach §. 66 und 81 des Hyp.-Gesetzes, was Lehner (Lehrb. des Hypothekenrechtes Bd. II §. 108) lehrt: „es (das requirirte Gericht) setzt die auf das Verkaufsobjekt im Hypothekenbuche eingetragenen Gläubiger von der bevorstehenden Versteigerung in Kenntniß, damit sie ihre Rechte bewahren können, es verhandelt den ganzen Subhastationsprozeß, und bezahlt aus dem Reste die Hypothek-Gläubiger, den Rest aber sendet es, nach Beschaffenheit der die Subhastation veranlassenden Requisition, entweder an das requirirende Gericht, oder es befriedigt davon auf dessen Ansuchen den Gläubiger, zu dessen Gunsten die Requisition auf Subhastation erfolgt ist. Vgl. unten Kap. XIX §. 1 und 2, II.

7) Abgesehen von Fällen, in welchen Gefahr auf dem Verzuge frühere provisorische Einschreitungen nöthig machte. — Einwendungen, welche erst im Laufe des Exekutionsverfahrens bei dem requirirten Richter vorgebracht werden, kann dieser zwar zu Protokoll resp. zu den Akten nehmen, die Verfügung aber muß er dem requirirenden überlassen.

exequirenden Ausspruches keine Kognition, so steht ihm doch zu, in die Augen springende Nichtigkeiten oder Gewaltsüberschreitungen zur Kenntniß der dem requirirenden Amte vorgesetzten Behörde zu bringen, und in solcher Weise zu etwaiger Inhibition Anlaß zu geben.

III.

Besondere Grundsätze gelten für den Vollzug der Requisitionen auswärtiger Gerichte[8]). Diesem muß

1) eine Untersuchung der Frage vorhergehen, ob das zu vollziehende Urtheil von einem kompetenten Gerichte gesprochen worden[9]). Der Requisition darf nur in Fällen entsprochen werden, in denen, „bei dem Gerichte des aus-

8) Verordnung vom 2. Juni 1811 (Regb. S. 745 f.); Feuerbach Themis, Landsh. 1812, S. 77 ff.; Spangenberg in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. III S. 423; Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. Bd. XIV S. 84. Bl. f. RA. Bd. XX S. 74.

Die Gerichte der übrigen Landestheile können keinen Anstand nehmen, die von den pfälzischen Gerichten erlassenen, in Rechtskraft erwachsenen Urtheile auf unmittelbares Anrufen der obsiegenden Partei zu vollstrecken, weil sie keine fremdländische, sondern im Namen der bayerischen Staatsgewalt erlassen sind. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 117, Bd. XX S. 284. — Die auf ein auswärtiges Erkenntniß gestützte actio judicati beurtheilt sich nicht nach den hier vorgetragenen Bestimmungen, welche die Vollstreckung auswärtiger Gerichtsaussprüche im Inlande betreffen. Vgl. Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. IV S. 167. S. jedoch Bl. f. RA. Bd. XX S. 332, Seuffert's Archiv Bd. XI S. 146—148.

9) Vergl. OAGA. Nr. 151 $^{39}/_{40}$. Kreittmayr geht noch weiter. Er äußert in Bezug auf Requisitionen auswärtiger Gerichte in der Anmerk. lit. c., „es ist nicht gewöhnlich, auf

„wärtigen Staates [10]) entweder der allgemeine Gerichts„stand des Wohnortes, oder einer der besonderen Gerichts„stände der gelegenen Sache, des Arrestes, des Kontrak„tes oder der „geführten Verwaltung begründet war [11])." Begründung des Gerichtsstandes durch Prorogation oder Widerklage wird nicht beachtet; über den bei einem auswärtigen Gerichte begründeten allgemeinen Gerichtsstand des Konkurses s. unten Nr. 5.

2) Der Vollstreckung eines fremdrichterlichen Erkenntnisses an den in Bayern befindlichen Gütern [12]) des Sachfälligen [13]) kann nur unter der Voraussetzung Statt gegeben werden, wenn

a) durch gerichtliche Zeugnisse dargethan ist, daß in dem auswärtigen Staate selbst, von dessen Gerichten erkannt worden, keine tauglichen oder hinreichenden Vollstreckungsmittel vorhanden seien, und wenn sich

dergleichen bloße Requisition schlechterdings zu verfahren, sondern wenn sich Exequendus beschwert, daß er in foro externo überschnellt, oder sonst widerrechtlich und nichtig gegen ihn prozedirt worden sei, nimmt man eine summarische Einsicht von der Sache, bittet sich die Akten von dem judice requirente aus, und schlägt nach Befinden die Exekution allenfalls ab."

10) Nach den dortigen Gesetzen. Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 314 ff., Seuffert's Arch. Bd. I S. 120, Bd. IV S. 229, 232, Bd. VII S. 298, Bd. VIII S. 447.

11) Bezüglich der Thatumstände, von welchen die Begründung abhängt, sind, wo nicht Notorietät vorhanden, Zeugnisse der auswärtigen Gerichte zu erholen, gerade wie bei der unter Nr. 2 lit. a. erwähnten Voraussetzung. Vgl. §. 2 der Vdng. vom 2. Juni 1811.

12) Beweglichen oder unbeweglichen.

13) Sei dieser bayerischer Unterthan oder nicht.

b) keine diesseitigen Unterthanen mit Forderungen gemeldet haben [14]), rücksichtlich welcher ihnen an den zur Vollstreckung des fremdrichterlichen Erkenntnisses angewiesenen Sachen ein gleiches oder vorzügliches Recht gesetzlich zusteht [15])."

3) „Soll die Hülfsvollstreckung an der Substanz unbeweglicher Güter geschehen, so ist zuvörderst der Inhalt des fremdrichterlichen Erkenntnisses nebst Anzeige der Güter, auf welche die Hülfsvollstreckung nachgesucht worden ist, öffentlich bekannt zu machen. Auch sind alle diesseitigen Unterthanen, welche etwa aus dem Grunde einer Hypothek oder anderem Titel ein gleiches oder vorzügliches Recht an jenen Gütern zu haben vermeinen, unter Vorsteckung eines präklusiven Termines aufzufordern, ihre Forderungen bei dem einschlägigen Untergerichte geltend zu machen."

14) Nämlich vor der wirklichen Vollstreckung z. B. aus Veranlassung der Feilbietung der Exekutionsobjekte.

15) Eine solche Kollision setzt voraus, daß auch die Forderung des Inländers bereits liquid und zur Exekution reif, oder daß wenigstens die Verhängung eines Arrestes zur Sicherung der künftigen Exekution gerechtfertigt sei. Es handelt sich von einer Kollision in der Exekutionsinstanz; Forderungen, welchen nicht wenigstens die Voraussetzungen der im Arreste liegenden provisorischen Exekution zur Seite stehen, können hier nicht in Betracht kommen. — Tritt der fragliche Kollisionsfall wirklich ein, so ist eine Verhandlung über die Priorität unter den kollidirenden Gläubigern zu pflegen, welche sich als ein Prioritätsstreit außer dem Konkursprozesse darstellt. Schon die gleiche Berechtigung des inländischen Gläubigers genügt, ihm den Vorzug zu geben, resp. den Vollzug der auswärtigen Requisition, in soweit sie mit der Befriedigung des Inländers kollidirt, zu verweigern. (S. jedoch in Betreff hypothekarischer Rechte unten Nr. 3.)

Sind auf das als das Exekutionsmittel vorgeschlagene Gut Hypotheken eingetragen, so genügt die öffentliche Kundmachung nicht; es muß vielmehr die im §. 66 des Hypothekengesetzes verordnete spezielle Benachrichtigung geschehen, und überhaupt für das Interesse der Hypothekgläubiger nach Vorschrift des Gesetzes vom 1. Juni 1822 gesorgt werden. Uebrigens findet die Bevorzugung des inländischen Gläubigers bei gleicher Berechtigung in Bezug auf Hypothekrechte keine Anwendung; indem sich bei deren Geltendmachung der Vorzug, ohne daß die Eigenschaft als In- oder Ausländer einen Unterschied macht, lediglich nach den Bestimmungen des Hypothekengesetzes richtet[16]).

4) „Das Gesuch um Vollstreckung eines fremdrichterlichen Erkenntnisses ist, unter Beilegung des Urtheiles in Original oder beglaubigter Abschrift, bei dem Appellationsgerichte des Kreises anzubringen, innerhalb welches die Exekution geschehen soll. Die Gerichtsstelle hat nach geschöpfter Ueberzeugung, daß dasselbe nach obigen Bestimmungen (Nr. 1) von einem zuständigen Gerichte erkannt worden sei, und die Rechtskraft beschritten habe, wie auch nach Beobachtung der unter Nr. 2 und 3 erwähnten Vorschriften dem betreffenden Untergerichte den Auftrag zur Hülfsvoll-

Dieser Bevorzugung steht es nicht im Wege, daß sich der inländische Gläubiger erst gemeldet hat, nachdem bereits zum Vollzuge der auswärtigen Requisition die Exekution auf die fraglichen Vermögensstücke dekretirt war. (Zu bemerken ist, daß hier von dem Falle abgesehen wird, in welchem das auswärtige Gericht als allgemeines Gantgericht requirirt hat. Hierüber s. unten Nr. 5.)

16) v. Stürzer CGB. S. 854.

streckung zu ertheilen [17])." — Daß der Implorat vor dieser Verfügung mit einer Erklärung gehört werde, ist nicht erforderlich [18]). Es handelt sich hier nicht davon, das Exekutionsverfahren durch Erlassung eines Zahlungsbefehles und Eröffnung einer Frist zum Vorbringen von Einwendungen und eines etwaigen Gegenvorschlages — erst zu beginnen. Vielmehr zeigt die oben unter Nr. 2 lit. a erwähnte Voraussetzung, daß das erste Stadium des Exekutionsverfahrens schon bei dem auswärtigen Gerichte vorhergegangen sein und die Sache, wenn es zur fraglichen Verfügung des inländischen Gerichtes kommt, bereits zur faktischen Einschreitung gereift sein muß. Im Uebrigen richtet sich die Thätigkeit der inländischen Gerichte nach den inländischen Prozeßgesetzen. — Im Falle dem beauftragten Untergerichte kollidirende Ansprüche inländischer Gläubiger

17) Was hier für Gesuche einer Partei um Vollstreckung eines fremdrichterlichen Erkenntnisses verordnet ist, muß gleichmäßig gelten, wenn diese Vollstreckung im Wege der Requisition von einem auswärtigen Gerichte beantragt wird. Die Prüfung, ob im gegebenen Falle die Voraussetzungen der Vollstreckung eines fremdrichterlichen Erkenntnisses vorhanden, ist überall den Obergerichten vorbehalten. Wird ein Untergericht von einem auswärtigen Gerichte um eine solche Vollstreckung requirirt, so liegt ihm ob, die Requisition dem Obergerichte zur Verfügung vorzulegen, und zugleich die Forderungen von Inländern, welche etwa bereits angemeldet sind, unter Akten-Einsendung zur Anzeige zu bringen. Sache des Obergerichtes ist es nun, den Vollzug oder die Zurückweisung der Requisition zu verfügen, oder nach Beschaffenheit der Sachlage vorerst die in Nr. 3 erwähnte Kundmachung, oder die Einleitung des in Note 15 bezeichneten Verfahrens anzuordnen. Der Ausspruch über das Ergebniß dieser Verhandlungen gehört zu seiner, des Obergerichtes Kompetenz.

18) Vgl. OAGAkt. Nr. 151 $^{39}/_{40}$.

bekannt sind, oder im Laufe des Verfahrens bekannt werden, so ist darüber dem Obergerichte Anzeige zu erstatten, und dessen Verfügung zu gewärtigen.

5) Die Requisitionen auswärtiger Konkursgerichte betreffend, bestimmte der §. 5 der Verordnung vom 2. Juni 1811:

„Der bei einem auswärtigen Gerichte begründete „allgemeine Gerichtsstand des Konkurses erstreckt sich „nicht auf die im Inlande liegenden Güter des „Schuldners oder die bei inländischen Gerichten „anhängigen Prozesse, soweit nicht durch besondere „Uebereinkunft ein Anderes bestimmt ist."

Im §. 34 der Prioritätsordnung von 1. Juni 1822 ist verordnet:

„Ueber das in Bayern befindliche bewegliche Vermögen eines ausländischen Unterthans, gegen „welchen von den Gerichten seines Landes der Konkurs eröffnet ist, soll ein Partikularkonkurs „von den bayerischen Gerichten nur in Folge der „Retorsion oder besonderer Staatsverträge eintreten."

Nach übereinstimmender Vorschrift der beiden Gesetzstellen ist den Requisitionen eines auswärtigen Konkursgerichtes [19]) in Bezug auf die in Bayern gelegenen Immobilien des Gemeinschuldners nur insoferne Folge zu geben, als weder Hypotheken darauf haften, noch bayerische Unterthanen ihre Befriedigung aus denselben suchen [20]),

19) Auch bei Requisitionen auswärtiger Konkursgerichte sind die Vorschriften des §. 3 und 4 der Vdng. vom 2. Juni 1811 zu beobachten. S. oben Nr. 3 u. 4.

20) Auf dem Grunde des §. 15 lit. c. der I. Beil. zur VU., nach welchem es ein Vorrecht der Inländer ist, einen aus-

oder als nach Tilgung der Hypothekforderungen resp. der Forderungen inländischer Gläubiger noch ein Ueberschuß verblieben ist[21]). Angehend das im Inlande befindliche bewegliche Vermögen des Gemeinschuldners, so läßt sich wohl bezweifeln, ob der Ausdruck der ersterwähnten Verordnung „auf die im Inlande liegenden Güter des Schuldners" nur von Immobilien zu verstehen oder auch auf bewegliches Vermögen zu beziehen sei; der §. 34 der P. O. aber spricht es unzweideutig aus, daß dem gegen einen Ausländer bei den Gerichten seines Landes begründeten allgemeinen Gerichtsstande des Konkurses die Wirksamkeit auf das in Bayern befindliche bewegliche Vermögen desselben in der Regel nicht zu versagen sei. Ueber das fragliche Mobiliarvermögen soll in Bayern kein Partikularkonkurs eröffnet, folglich die Entscheidung über die Priorität unter Mehreren, welche auf Befriedigung aus demselben Anspruch machen, nicht an ein bayerisches Gericht gezogen, sondern dem auswärtigen allgemeinen Gantgerichte überlassen werden. Dieß ist allgemein verordnet, ohne diejenigen Vermögensstücke, auf welche von Seite inländischer Gläubiger Arrest erwirkt worden, oder diejenigen Forderungen auszunehmen, über welche vor bayerischen Gerichten besondere Prozesse anhängig sind. Der Streit über die

wärtigen Schuldner mit einer Personalklage bei dem inländischen Gerichte zu belangen, unter welchem (forum rei sitae) ein demselben gehöriges Immobile gelegen ist. —

21) Sind weder Hypothekgläubiger noch inländische Personalgläubiger betheiligt oder dieselben schon befriedigt, so kann es zu einem Partikularkonkurse bei dem inländischen forum rei sitae deßwegen nicht kommen, weil ja dasselbe für Personalklagsachen auswärtiger Gläubiger des ausländischen Eigenthümers überhaupt nicht kompetent ist. S. die vorige Note.

Liquidität dieser Forderungen bleibt allerdings bei den bayerischen Gerichten; auch wird der bei diesen erwirkte und sonst gerechtfertigte Arrest wegen der auswärtigen allgemeinen Gant des Schuldners nicht aufgehoben; aber es geht nicht an, die mit Arrest bestrickten Vermögensstücke zur vorzugsweisen Befriedigung des Arrest-Impetranten zu verwenden, indem in dieser Bevorzugung eines Gläubigers vor den anderen, bei dem Gantgerichte aufgetretenen Gläubigern[22]) ein Akt des Partikularkonkurses, ein Prioritätserkenntniß, sonach eine Verletzung der Vorschrift des §. 34 liegen würde[23]). Es muß daher in solchem Falle die Entscheidung des auswärtigen Gantgerichtes über die Priorität resp. deren Rechtskraft abgewartet, und, wenn nach derselben der Arrest-Impetrant nicht zum Zuge kommt, das mit Arrest bestrickte Vermögensstück auf Requisition zur Verfügung des auswärtigen Gantgerichtes gestellt werden[24]). — Indessen hat das OAG. in mehreren Fällen eine andere Ansicht adoptirt, nämlich angenommen, der §. 34 der P. O. hindere nicht, das im Inlande mit Arrest be-

22) In deren Interesse entweder das Gantgericht selbst Requisitionen an das inländische erläßt, oder der Massekurator die Ziehung zur Gantmasse betreibt.

23) Es ist durchaus nicht einzusehen, warum die Anwendung des §. 34 auf den Fall beschränkt werden soll, wenn bei dem inländischen Gerichte den Anträgen des auswärtigen Gantgerichtes oder Massekurators nicht bloß von einem, sondern von mehreren Gläubigern opponirt wird. Durch den Widerspruch Mehrerer soll die Ziehung des inländischen beweglichen Vermögens zur auswärtigen Gantmasse nicht gehindert werden können, wohl aber durch den Widerspruch eines einzigen Gläubigers?!

24) Lehner Lehrbuch des bayer. Hypothekenrechtes Bd. II S. 49—50.

strickte, bewegliche Gut des auswärtigen Gantschuldners mit Außerachtlassung der auswärtigen Gantverhandlungen und etwaiger Requisitionen des Gantgerichtes, zur vorzugsweisen Befriedigung der Forderung des Arrest-Impetranten, deren Liquidstellung vorausgesetzt, zu verwenden[25]).

6) Die Anwendung der vorgetragenen Grundsätze ist im einzelnen Falle dadurch bedingt, daß keine abweichende Bestimmung eines Staatsvertrages vorliegt[26]). Es soll auch der Vollstreckung eines fremdrichterlichen Erkenntnisses nur alsdann und nur insofern stattgegeben werden, als von dem betreffenden auswärtigen Staate gleiche Grundsätze rücksichtlich der Erkenntnisse bayerischer Gerichtsstellen beobachtet werden. Hierüber ist, wenn keine Notorietät be-

25) Bl. f. RA. Bd. IX. S. 235. — Vgl. OAGE. in Nr. 511$^{38}/_{39}$, in welchem angenommen ist, daß auch darauf nichts ankomme, ob der Arrest vor oder nach der Konkurs-Eröffnung impetrirt worden.

26) Vgl. die Jurisdiktionsverträge mit Würtemberg vom 7. Mai 1821 (Regb. S. 867 f.) und 8. März 1825 (Regb. S. 1153 f.); mit der Reuß-Plauen'schen jüngeren Linie vom 26. Juli 1828 (Regb. S. 569); mit 20 Schweizer-Kantonen vom 5. Juli resp. 24. Aug. 1834 (Regb. S. 925 f. und 1005); mit Baden hinsichtlich des vormaligen Großherzogthums Würzburg (Moritz Novellen Bd. III. S. 233, 238). — In Bezug auf Oesterreich ist die oben unter Nr. 2 erwähnte Vorschrift dahin modifizirt, daß in dem Falle einer zwischen einem auswärtigen und einheimischen Gläubiger eintretenden Kollision, unter den gleich Berechtigten in der Exekution Derjenige vorgehe, welcher sich zuerst gemeldet hat, und bei der Exekution in die Substanz unbeweglicher Güter Derjenige, welcher zuerst immittirt worden ist, jedoch mit der Verbindlichkeit, einen Gleichberechtigten in die Immission mit aufzunehmen, und einem privilegirten oder älteren Gläubiger zu weichen. Resk. vom 10. Okt. 1815 (Moritz Novellen III. S. 232—3).

steht, von dem zuständigen Appellationsgerichte amtliche Nachforschung zu pflegen. Gesetze des auswärtigen Staates, Nachweisungen über Beobachtung der Gegenseitigkeit in vorgekommenen Fällen, Versicherungen von Seite der (auswärtigen) obersten Staatsbehörden mögen dazu dienen, die erforderliche Gewißheit zu verschaffen [26a]). Bei obwaltendem Zweifel kann das Appellationsgericht Bericht an das Justizministerium erstatten, damit durch Kommunikation mit dem Ministerium des Aeußern die gehörige Aufklärung erzielt werde. Vorgeschrieben ist diese Berichterstattung und Erholung Königlicher Genehmigung für den Fall, wenn der Vollzug der auswärtigen Requisition auf dem Grunde der Retorsion d. h. deßwegen verweigert werden soll, weil angenommen wird, daß der auswärtige Staat die Gegenseitigkeit nicht beobachte. — Uebrigens kann das auswärtige Erbieten zur Gegenseitigkeit die Vollstreckung fremdrichterlicher Erkenntnisse in Fällen, in welchen sie nach den Bestimmungen des Gesetzes oder des einschlagenden Staatsvertrages nicht stattfindet, keineswegs rechtfertigen.

IV.

A. Anhangsweise ist hier das den königlichen Rentämtern [27]) gesetzlich zustehende Exekutionsrecht zu erwähnen. Hierüber ist verordnet [28]):

26a) Bl. f. RA. Bd. XX S. 74.

27) Und anderen in gleicher Kategorie stehenden, mit der Perzeption von Staatsgefällen beauftragten Finanz-Aemtern. Pözl Lehrb. des bayer. Verwaltungsrechtes S. 471.

28) Verordnung vom 24. März 1802, die Organisirung der Landgerichte und Rentämter betr., §. 2 Nr. 9; Vdng. vom 8. Nov. 1804 (Moritz Novellen-Sammlung Bd. II. S. 239—40); Vdng. vom 7. März 1806 (ebendaselbst S. 240 —2); Reskript vom 27. Febr. 1807, (ebendaselbst Bd. III

1) Wenn ein Unterthan liquide öffentliche Abgaben verweigert, so hat der Rentbeamte ohne Anstand gegen denselben exekutivisch fürzufahren.

2) Wenn der Abgabspflichtige über einen Rückstand Streit erhebt, und dieser auch rechtlichen Prinzipien zufolge zu einer gerichtlichen Erörterung geeigenschaftet wäre [29]), so ist der Rentbeamte, jedoch nach vorgängiger Anfrage bei der Regierung, Kammer der Finanzen, und von daher erhaltener Weisung berechtigt, die streitige Abgabe während des Prozesses, mit Vorbehalt der Rechte des Verpflichteten einzufordern und beizutreiben.

3) Wenn aus Verträgen zwischen dem Rentamte und einer Privatperson ein Streit entsteht, und die Berichtigung der Rechnung und des festgesetzten Etats auf prompter Erfüllung der kontraktmäßigen Verbindlichkeit beruht, insbesondere wenn Pächter herrschaftlicher Güter oder Einkünfte Das, was wegen klarer Kontrakte von ihnen gefordert wird, verweigern, so hat der Rentbeamte dieses auzuzeigen, und die Regierung, Kammer der Finanzen, ist befugt, auf summarische Vernehmung des Weigernden ein vorläufiges Liquidum nach pflichtmäßigen Recherchen festzusetzen und solches von dem Schuldner, unter Vorbehalt seines Rechtes und des nach künftiger richterlicher Entscheidung zu leistenden Ersatzes sogleich eintreiben zu lassen.

4) Die rentamtliche Exekutionsbefugniß gilt auch für grundherrliche Gefälle, soferne sie unstreitig sind.

5) Die rentamtliche Exekution soll nicht eher als nach

S. 235—6); Vdng. vom 12. Sept. 1809 (ebendaselbst Bd. IV S. 208). Vgl. Brater, Blätter für administr. Praxis Bd. III S. 27 ff., woselbst die einschlägigen Verordnungen und Normative sich zusammengestellt finden.

29) Vgl. Komment. Bd. I S. 206 lit. b.

versäumtem bestimmten Zahlungstage und fruchtloser erster Anmahnung, und dann immer nur gradationsweise durch Strafboten, wenn aber auch Strafboten nicht mehr geachtet würden, durch Auspfändungen statt haben. Die Pfänder sind letztenfalls öffentlich zu versteigern. Muß die Exekution auf Immobiliar-Vermögens-Stücke ausgedehnt werden, so hat die Finanzbehörde zwar gleichfalls zu bestimmen, welche Stücke zum Striche aufgelegt werden sollen; sonach aber die Justizstelle, in deren Gerichtsbezirke diese Grundstücke liegen, um die Versteigerung derselben zu requiriren. Die Justizstellen haben auf derlei Requisitionen ohne allen Verzug, und ohne die mindeste Untersuchung, über die Rechtmäßigkeit der Forderung oder der Hülfsvollstreckung, die Versteigerung vorzunehmen [30]), in der dießfalls zu erlassenden Bekanntmachung zu bemerken, daß der Aufstrich in Gemäßheit der von dem Rentamte erkannten Exekution und von demselben hierauf erlassenen Requisition geschehe; den Meistbietenden zur Erlegung des Kaufpreises bei dem Rentamte anzuweisen, und, wenn diese Weisung befolgt ist, den Kaufbrief zu siegeln, und das Grundstück dem neuen Besitzer zuzuschreiben [31].)

6) Ergibt sich während der von den Rentämtern verhängten Hülfsvollstreckung ein Konkurs gegen den Debenten, so muß die ganze Sache zwar dem betreffenden Konkursgerichte ohne fernere Einmischung des Rentamtes über-

30) In Ansehung des Subhastationsverfahrens kommen die unten zu §. 7. vorgetragenen Grundsätze zur Anwendung.

31) Die alleg. Vdng. vom 7. März 1806 fügt hier bei: Haftet etwa auf einem auf diese Art zu veräußernden Grundstücke ein dingliches Recht eines Dritten, so muß natürlicher Weise von dem bei der Administrationsbehörde zu erlegenden Kaufschillinge so viel, als zur Deckung dieses Anspruches erfordert wird, vor Allem zur Justizstelle geliefert werden.

lassen, die rückständigen Abgaben aber müssen diesem von den ersten flüssig gewordenen Geldern aus der Masse ohne alle Rücksicht, wie weit der Konkurs gediehen sei, verabfolgt werden; wobei es sich jedoch von selbst versteht, daß, wenn nach dem rechtskräftig gewordenen Lokationsurtheile die Finanz-Forderung entweder ganz oder zum Theile unbefriedigt bleibt, diese das Zuvielerhaltene ohne allen Aufenthalt zur Konkursmasse zurück zu liefern habe.

7) Der Rekurs gegen Verfügungen im rentamtlichen Exekutionsverfahren hat allein an die vorgesetzte Regierung, Kammer der Finanzen, Statt.

B. Den Post-Aemtern steht zufolge der Verordnung vom 12. Dez. 1809[32]) die exekutive Beitreibung unstreitiger Dienstforderungen[33]) zu. Dieselben sollen bei der Ausübung dieses Rechtes von den Gerichten unterstützt werden. Ueber deren Verfahren kann nur an die Generaldirektion der Verkehrsanstalten rekurrirt werden.

C. Stiftungs- und Gemeinde-Verwaltungen steht zur exekutiven Beitreibung von Stiftungs- und Kommunal-Renten, wenn die Liquidität der Forderung nicht widersprochen wird, die Absendung von Mahn- und Strafboten an den Schuldner, nicht aber die Selbstpfändung zu[34]).

D. Das Pfändungsrecht, welches die Beil. VI

32) Nov. Sammlung von 1811 S. 312.

33) Wozu die Estafetten-Zahlungen gehören, Vdg. vom 16. Dez. 1813. (Moritz Nov.-Samml. Bd. IV S. 211).

34) Vgl. die Vdng. vom 19. Nov. 1810 (Regb. S. 1291 f.) und die Vdng. vom 21. Juni 1812 (Regb. S. 1337) mit dem Gesetze vom 22. Juli 1819, die Gemeinde-Umlagen btr., Art. XIII. — Die Selbstpfändung war in der Vdng. vom 19. Nov. 1810 nur für Grundgefälle derjenigen Stiftungen eingeräumt worden, welche die Eigenschaft von Gerichtsherrn ihrer Grundholden hatten; was heutzutage nicht mehr vorkommt.

zur Verfassungs-Urkunde §. 118 ff. den Gutsherren zur Beitreibung durchaus liquider, in keiner Beziehung widersprochener Grundreichnisse, auch abgesehen von der Gerichtsbarkeit, einräumte, und dessen Fortdauer das Gesetz vom 28. Dez. 1831 über die Rechtsverhältnisse der auf die Gerichtsbarkeit freiwillig verzichtenden Standes- und Gutsherren Art. 5 anerkannte, ist, wie bereits oben bemerkt, in Folge des Gesetzes vom 4. Juni 1848, über die Aufhebung der standes- und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit, dann die Aufhebung, Fixirung und Ablösung von Grundlasten weggefallen, da die Basis des Pfändungsrechtes, das Obereigenthum, fortan nicht mehr vorhanden ist.[35])

§. 3.

Von Sachen, woran die Exekution vollbracht werden soll[1]).

I.

„Wenn durch das Urtheil ein gewisses bewegliches oder unbewegliches Gut abgesprochen wird, und der ver-

35) Pözl Lehrbuch des bayer. Verfassungsrechtes 2. Aufl. S. 179 Note 2. Dess. Samml. der bayer. Verfassungs-Gesetze S. 134*.

1) Die hier folgenden Vorschriften gelten im Allgemeinen auch in solchen Fällen, wo es sich von einer gegen den königl. Fiskus oder gegen eine Gemeinde zu verhängenden Exekution handelt. In einem OAGE. vom 3. Aug. 1821 (bei V. Duprel Bd. III. S. 224—6) wurde anerkannt, daß für liquide Schulden, deren Bezahlung dem Staatsärare obliegt, allerdings Gefälle, welche in dieses Aerar fließen, als Exekutionsmittel in Vorschlag gebracht werden mögen. Allein zur Verwirklichung eines solchen Exekutionsmittels soll sich das Gericht nicht unmittelbar an die betreffende Kasse, sondern an die derselben vorgesetzte Behörde (Regierung, General-Direktion der Verkehrsanstalten, General-Bergwerks- und Salinen-Administration u. d. g.) wenden, von welchen die Erfüllung

lierende Theil dasselbe innerhalb des anberaumten Termines gütlich nicht abtritt, so soll es ihm die Obrigkeit mit Gewalt abnehmen, dem siegenden Theile einräumen, und diesen dabei handhaben."

Diese Vorschrift bezieht sich zunächst auf die Vollstreckung von Urtheilen, gemäß welcher der Unterliegende gewisse Spezies (Sachen, Individuen) herausgeben soll, z. B. ein bestimmtes Grundstück, ein gewisses Gemälde, einen erkauften oder vermachten Ring u. d. g. — Der Gegenstand soll dem Verurtheilten nöthigenfalls mit Ge-

geeigneter Requisition zu gewärtigen ist. Nach neueren Justiz-Ministerial-Entschließungen vom 18. Nov. 1833, vom 25. März, 9. Juni und 3. August 1835, dann 31. Juli 1836 (Moritz Real-Commentar S. 768) soll auf Anrufen des siegenden Theiles die Zahlung dem Fiskus nur „bei Vermeidung der Exekution" ohne Bezeichnung eines Exekutionsobjektes aufgetragen, und zugleich die Leistung des Gebührenden auf dem Wege der Korrespondenz mit der betreffenden Finanzstelle, nöthigenfalls durch Berichterstattung an das Justizministerium, damit solches mit dem Finanzministerium in Benehmen trete, erstrebt werden. — Bei der Berathung der Novelle von 1837 hatte der erste Ausschuß der K. d. A. einen Zusatzartikel folgenden Inhaltes vorgeschlagen: „Die Gerichte sind ermächtigt, zur Vollstreckung rechtskräftiger gegen den k. Fiskus ergangener Erkenntnisse die promptesten Exekutionsmittel nach dem Antrage der Betheiligten anzugreifen, und die einschlägigen Verwaltungsstellen sind unter eigener Verantwortlichkeit verpflichtet, die von den Gerichten an sie gelangenden Requisitionen ohne Verzug innerhalb der vorgesteckten Frist zu entsprechen." — Dieser Vorschlag wurde jedoch, nachdem sich der Finanzminister und der Regierungskommissär nachdrücklich dagegen erklärt, von der Kammer verworfen. Verh. Bd. X S. 425—72. Vgl. noch Bl. f. RA. Bd. III S. 108.

Ueber Exekution gegen Gemeinden s. Bl. f. RA. Bd. I S. 314 f. Ist in dem Gemeindevermögen kein Exekutions-

walt abgenommen werden [2]). Hat derselbe den Erfolg dieser Art der Exekution durch Beiseiteschaffung oder Veräußerung der herauszugebenden Sache vereitelt, so wird der Sieger unter Anwendung der in Bd. III S. 411 und 457 vorgetragenen Grundsätze zur Liquidation seines Interesse gelassen, und zur Verschaffung der Vergütungssumme nach deren Feststellung wie bei der Exekution in Geldschuldsachen verfahren.

Wegnahme durch obrigkeitliche Gewalt kann auch bei Verurtheilungen zu Gattungsleistungen vorkommen, wenn sich Sachen der fraglichen Gattung im Besitze des Verurtheilten befinden z. B. baar Geld, Papiere au porteur, Getreide- oder Holz-Vorräthe u. d. g. Außerdem kommt es bei anderen als Geldforderungen auch hier zur Liquidation des Interesse und folgeweise zu dem Verfahren, wie bei der Exekution in Geldschuldsachen [3]).

II.

Wo durch die Exekution eine Summe Geldes verschafft werden soll, muß sich der Gläubiger [4]), welcher ein

mittel zu finden, so ist Befriedigung des Gläubigers mittelst einer Umlage durch Requisition der Kuratelbehörde zu erstreben. — In Fällen der in den Bl. f. RA. Bd. IV S. 2. lit. c. bezeichneten Art, kann die Exekution nicht gegen die Gemeinde, sondern nur gegen die einzelnen Interessenten verhängt werden.

2) S. unten S. 296 f. Bei Immobilien kann auch durch eine richterliche an das Hypothekenamt zu erlassende Requisition die Eintragung des Siegers, als Besitzers der Sache, im Hypothekenbuche erwirkt werden. Vgl. §. 110, 142 des Hyp.-Ges.

3) Vgl. hierüber das in den Blättern f. RA. Bd. VI S. 393 — 8 mitgetheilte OAGE. vom 15. Febr. 1841 Nr. 444 36/37.

4) Novelle von 1837 §. 71, 72.

Faustpfand [5]) hat, vor Allem an dieses halten [6]). Außerdem hat er in seinem Gesuche um Exekution diejenigen Gegenstände [7]) vorzuschlagen [8]), woraus er am schnellsten befriedigt werden kann. Der Schuldner ist berechtigt, in unerstrecklicher Frist von 14 Tagen, von der Zustellung des Zahlungsbefehls an gerechnet, andere Exekutionsgegenstände vorzuschlagen [8a]). Findet gütliche Vereinigung [9]) nicht Statt,

5) Daß sich ein Hypothekgläubiger vor Allem an die Hypothek halten müsse, ist nicht verordnet. — Auch in dem Exekutionsanrufen nach §. 52 des Hyp.-Ges. muß der Vorschlag des Exekutionsobjektes beigefügt werden.

6) D. h. die Vollstreckung der Exekution durch Veräußerung desselben beantragen.

7) Ist es zweifelhaft, ob mit den zunächst vorgeschlagenen Gegenständen der Zweck erreicht werde, so können vorsorglich noch andere Sachen bezeichnet werden. Vgl. Kiliani a. a. O. S. 55—6. Ueber die Wahl der Exekutionsmittel vgl. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 37*.

8) Und zwar bei Verlust seines Vorschlagsrechtes. Die Folge des Verlustes ist, daß nun der Richter in dem Zahlungsbefehle den Exekutionsgegenstand nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften bezeichnet. (Einwendungen des Schuldners sind dadurch nicht ausgeschlossen). Gönner im Komment. zur Nov. von 1819 S. 413. Dasselbe geschieht, wenn der vom Gläubiger gemachte Vorschlag sich sofort oder im Erfolge als ungeeignet resp. ungenügend darstellt. Gönner a. a. O.

8a) Diese Frist, sowie die zur Vorbringung der in diesem Verfahren zulässigen Einreden, muß bei der Hülfsvollstreckung in Folge einer exekutorischen Urkunde nach Art. 10 Nr. 1 des betreffenden Gesetzes dem Verpflichteten in dem Auftrage, den Berechtigten zufrieden zu stellen, ausdrücklich vorgesetzt werden, widrigenfalls er jene Einreden und Vorschläge bis zum Ablaufe der ihm für die Zufriedenstellung selbst gesetzten Frist geltend machen kann.

9) Ein offenbar ungeeigneter Gegenvorschlag wird sofort verworfen, bei obwaltendem Zweifel aber die in §. 31 Abs. 2

so hat das Gericht nach folgenden Regeln [10]) zu entscheiden:

a) Renten und Früchte, — sie mögen aus Dienstverhältnissen, aus angelegten Kapitalien, aus Pachten, aus dem Obereigenthume, u. d. g. fließen, sollen vor dem Eigenthume [11]), deßgleichen vor dinglichen Rechten [12]) zur Vollstreckung gewählt werden;

b) nicht nutzbringendes Eigenthum vor dem nutzbringenden [13]),

c) bewegliches Eigenthum vor dem unbeweglichen [14]).

d) das Entbehrliche vor dem Unentbehrlichen [15])."

„Bei dieser in Gemäßheit des §. 31 Abs. 2 des Pro-

der Novelle von 1819 bestimmte Tagfahrt auch zur Vermittelung gütlicher Vereinigung benützt. (S. unten §. 8).

10) Welche Schonung des Schuldners bezwecken. Zieht der Schuldner selbst es vor, ein Grundstück eher als sein Vieh, die Betten eher als die Gemälde zu opfern, so ist ihm zu willfahren, soferne der Zweck der Exekution nicht darunter leidet. — Auch frühere Verabredungen sind zu beachten.

11) Im weiteren Sinne des Wortes, nach welchem es auch Forderungen begreift. Vgl. v. Stürzer in Beilag. Band. VI der Verh. der K. d. Abg. von 1837 S. 407: „Verzinsliche Obligationen."

12) Einbegriffen deutschrechtliche Realgerechtsame und Realgewerbsrechte.

13) S. v. Stürzer a. a. O.

14) Bei Hypothekforderungen kann der Gläubiger nach §. 49 und 51 des Hyp.-Ges. verlangen, aus der verhypothezirten Sache befriedigt zu werden. Dadurch ist es aber nicht ausgeschlossen, andere Sachen als Exekutionsobjekt zu verwenden, wenn daraus die vollständige Befriedigung des Gläubigers nicht minder sicher und schnell zu erholen ist. — Nach Vorschrift der GO. XVIII §. 3 Nr. 2 sollten auch Forderungen erst nach der fahrenden Habe angegriffen werden. Diese Regel ist in die neueste Gesetzgebung nicht übergegangen.

15) S. oben Note 10.

zeß-Gesetzes vom 22. Juli 1819 zu erlassenden Entscheidung hat das Gericht dafür zu sorgen, daß der Gesuchsteller schleunigst oder doch in derjenigen Frist, welche er zu gestatten sich erbietet [16]), befriedigt werden kann. — Der Widerspruch des Schuldners ist nur dann zu berücksichtigen, wenn das ihm minder lästige, mit seinem häuslichen Bestehen am leichtesten vereinbarliche Exekutionsmittel auf gleich sichere und schnelle Weise, als das von dem Gläubiger in Antrag gebrachte, zum Ziele führt [17]). In jedem Falle des Zweifels hat das Gericht auf Dasjenige zu erkennen, was dem Gläubiger das Vortheilhafteste ist."

Kann der Gläubiger ausreichende Exekutionsgegen-

16) Vgl. hierüber unten §. 13.

17) Die Vorschrift des §. 71, daß Renten und Früchte vor dem Eigenthume zur Vollstreckung gewählt werden sollen, ist nicht so zu verstehen, daß sich der Gläubiger die Anweisung auf erstere gefallen lassen müsse, wenn seine Befriedigung daraus erst im Laufe der Zeit, etwa erst nach einer Reihe von Jahren verschafft werden kann. Nur wenn die Renten und Früchte eben so prompte Befriedigung gewähren, als durch Veräußerung von Eigenthum erwirkt werden könnte, sind sie als Exekutionsmittel vorzuziehen. (Vgl. unten §. 13 Note 52). Handelt es sich von Veräußerung unbeweglicher Sachen, so rechtfertigt die Analogie des §. 64 des Hypothekengesetzes die Annahme, daß sich der Gläubiger mit der Anweisung auf die Revenüen begnügen müsse, wenn seine Befriedigung daraus im Laufe eines Jahres verschafft werden kann. Ein Aufschub, welchem sich ein Hypothekgläubiger zu unterwerfen hat, kann auch wohl anderen Gläubigern zugemuthet werden. v. Spies Erläut. der Novelle von 1837 §. 102. — Ist zur Befriedigung einer Hypothek- oder Faustpfandforderung das Objekt der Hypothek oder des Faustpfandes als Exekutionsmittel in Vorschlag gebracht, so steht dem Schuldner (abgesehen von dem in §. 64 des HG. Verordneten) ein Recht des Gegenvorschlages nicht zu. Lehner Hyp.-Recht Bd. II §. 113.

stände nicht namhaft machen, so steht ihm zu, von dem Schuldner die Leistung des Manifestationseides zu verlangen[18]).

III.

Ueber die Wegnahme von Mobilien im Wege der Exekution[19]) bestimmt die Novelle von 1837 in den §§. 74—77:

1) „Wenn der Schuldner ausgepfändet[20]), oder wenn ihm eine bewegliche Sache abgenommen[21]), oder eine solche zur Sicherheitsbestellung von ihm erholt werden soll, so ist ein Diener des Gerichtes[22]) mit einem schriftlichen Auspfändungsbefehle abzuordnen, welcher zu einer jeden solchen Handlung zwei volljährige, in derselben Gemeinde

18) Bl. f. RA. Bd. II S. 187. Bd. III S. 319.

19) Diese ist nach einem darauf gerichteten Exekutions-Vorschlage zu verfügen, wenn nach Ablauf des auf das Exekutionsgesuch vorgesteckten Termines und nach Erledigung etwaiger Einwendungen und Gegenvorschläge (s. Note 8) der Berechtigte anzeigt, daß der Schuldner dem Zahlungsbefehle nicht genügt habe, und nun um Vollstreckung der angedrohten Exekution anruft. Wenn Dritte auf die als Exekutionsobjekt in Vorschlag gebrachte Mobilien Ansprüche erheben, so kann Sequestration derselben als provisorische Maßregel eintreten. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 110.

20) Ist verfügt, daß die Exekution an dem entbehrlichen, beweglichen Gute vorgenommen werden solle, so kann sich die nähere Auswahl erst bei der Auspfändung selbst ergeben. Hellmuth Civil-Proz. S. 176 Note 12. Sachen, an welchen die Exekution zufolge §. 4 Nr. 1, 2 nicht stattfindet, dürfen nicht weggenommen werden.

21) S. oben Abth. I S. 290.

22) In der ständischen Berathung über diesen Gegenstand äußerte der Regierungskommissär: „Da der Ausdruck „Diener des

mit dem Schuldner wohnende, bei den kleineren Stadt- oder Marktgemeinden [23]) von dem Bürgermeister oder Ortsvorsteher, bei Stadtgemeinden erster und zweiter Klasse aber von dem Distriktsvorsteher zu benennenden Zeugen[24]) beizuziehen hat. Der Gerichtsdiener ist berechtigt, die Thüren, wenn ihm solche nicht geöffnet werden[25]), nach vorheriger Herbeirufung des Gemeinde-Vorsteher — oder — in größeren Städten — eines Polizeibeamten öffnen zu lassen, und hienach in Gegenwart der Zeugen seinen Auftrag zu vollziehen."

2) „Das Hinweggenommene muß von dem Gerichtsdiener verzeichnet, und dieses Verzeichniß von dem Schuld-

„Gerichtes" allgemein ist, so dürfte es kaum für absolut un- „zuläßig erachtet werden, daß die Kreis- und Stadtgerichts- „protokollisten da, wo sie bisher die Hülfsvollstreckung vor- „zunehmen pflegten, auch fernerhin dazu verwendet wer- „den." — Bei obwaltender Gefahr einer Widersetzung kann die Abordnung einer Gerichtskommission als räthlich erscheinen.

23) Bei Ruralgemeinden von dem Gemeindevorsteher. Dieser kann selbst als Zeuge zugezogen werden, in welchem Falle, wenn zur Oeffnung der Thüre einzuschreiten ist, noch ein Dritter beigerufen werden muß. Hellmuth a. a. O. S. 189.

24) Männlichen Geschlechtes. Die als Zeugen bezeichneten Personen können dazu angehalten werden, und haben auf Zeugen-Gebühren Anspruch. Justiz-Ministerial-Reskr. vom 25. Juli 1840.

25) Die Praxis nimmt an, daß nicht schon dann, wenn die Wohnungsthüre verschlossen und der Schuldner nicht zu Hause getroffen wird, sondern nur dann Oeffnenlassen der Wohnungsthüre stattfinde, wenn nach der Sachlage anzunehmen ist, daß der Schuldner es darauf anlege, zu Hause nicht getroffen zu werden, oder daß dieser die Wohnung, obwohl er sich darin befinde, nicht öffnen wolle.

ner[26]), den Zeugen und den beigerufenen obrigkeitlichen Personen[27]) unterzeichnet werden. Verweigert der Schuldner die Unterschrift oder die Unterzeichnung[28]), so ist dieses zu bemerken, und die Bemerkung von den Zeugen zu unterschreiben oder zu unterzeichnen."

3) „Gegenstände, welche ohne Nachtheil hinweggebracht werden können, sind in sichere Verwahr zu bringen; wenn aber jenes nicht thunlich ist, oder diese mangelt[29]), in ihren Behältnissen (Wein in Fäßern, Weißzeug u. dergl. in Truhen und Schränken) mit dem Siegel des Gerichtsdieners und der Zeugen zu versiegeln[30])."

26) Wenn er anwesend ist. Daß die Auspfändung die Anwesenheit des Schuldners erfordere, läßt sich eben so wenig behaupten, als daß demselben von dem Auspfändungstermine vorher Kenntniß gegeben werden müsse. Eine solche Benachrichtigung würde zu Verschleppungen Anlaß geben.

27) Diese werden herbeigerufen, um die Oeffnung der verschlossenen Thüre zu legalisiren; die Auspfändung selbst hat nur in Gegenwart der Zeugen zu geschehen. Indessen ist wohl auch über die Thatsache der Oeffnung der Thüre eine amtliche Aufzeichnung zu fertigen, und jedenfalls diese von den herbeigerufenen obrigkeitlichen Personen zu unterzeichnen.

28) Diese Alternative bezieht sich auf Personen, welche nicht schreiben können.

29) Hier ist insbesondere Mangel an Lokalitäten zur Verwahrung gemeint. — Die Verwahrung kann übrigens in der Wohnung des Schuldners in einem Zimmer geschehen, welches versperrt und versiegelt wird. — Bei Sachen, welche sich weder wegnehmen, noch verschließen oder versiegeln lassen, ist dem Schuldner unter Strafandrohung zu bedeuten, daß ihm jede Verfügung darüber verboten sei. Puchta Anl. zur Civilprozeßpraxis S. 182.

30) Von dem Vollzuge des Auftrages und etwaigen Besonderheiten des Herganges hat der Exekutor Anzeige zu erstatten. Der Partei, welche bei der Auspfändung selbst nicht an-

Wenn die Zeugen kein Siegel besitzen, muß man sich mit dem des Gerichtsdieners begnügen.

4) Die in Beschlag genommenen Gegenstände sollen dem Betrage der Schuld nebst Kosten, soviel möglich, gleich sein, daher, wenn es nicht Gegenstände sind, welche einen Marktpreis haben, oder deren Werth Jedermann bekannt ist, dem mit der Auspfändung Beauftragten ein Schätzer beigegeben werden, welcher durch Uebereinkunft der Betheiligten[31]), außerdem aber von dem Gerichte zu benennen ist. Gold und Silber sind nach ihrem Bruchwerthe und Gewichte zu berechnen" [31a]).

IV.

„Mit der Exekution auf die Aktivschulden und Forderungen soll es auf folgende Art gehalten werden, daß man nämlich den Schuldnern des verlierenden Theiles bei Strafe des doppelten Ersatzes, ihm nichts mehr zu bezahlen, sondern das Geld entweder dem obsiegenden Theile selbst oder der Obrigkeit gegen Schein auszuliefern aufträgt [32]), wo man zugleich auch dem exequendo die seiner Aktivforderungen wegen in Händen habenden Dokumente abfordert, oder

wesend war, wird auf Verlangen eine Abschrift übersendet. Hellmuth a. a. O. S. 182.

31) In dieser Beziehung kann schon in dem ersten Dekrete auf das Exekutionsgesuch bemerkt werden, daß im Falle der Auspfändung, wenn bis dahin keine Uebereinkunft der Betheiligten zur Anzeige komme, die Benennung des Schätzers von Gerichtswegen eintreten werde.

31a) Ueber die Frage, wer die Gefahr eines im Wege der Exekution weggenommenen Gegenstandes trägt, vgl. Arnold prakt. Erörterungen S. 543.

32) Ist eine Hypothek-Forderung Exekutionsgegenstand, so wird nebstdem eine gerichtliche Requisition an das einschlägige Hypothekenamt um Vormerkung der Beschlagnahme im Hypothekenbuche erlassen. Vgl. §. 156 des Hyp.-Ges.

wegnimmt, oder, wenn er dieselben nicht mehr hat, die Obligation ex officio kassirt, und dem Schuldner einen gerichtlichen Mortifikationsschein darüber ausfolgen läßt [33].

Ist einmal ein Gläubiger zum Zwecke der Exekution auf die bezeichnete Weise in eine Forderung seines Schuldners eingewiesen, so können andere Gläubiger desselben Schuldners, welche später klagen oder doch erst später die Exekution auswirken, (außer dem Konkurse) auf dem Grunde besseren oder gleichen Rechtes nicht verlangen, vor oder ratenmäßig mit dem bereits eingewiesenen Gläubiger auf die fragliche Forderung angewiesen zu werden [34]. Außer dem Konkurse entscheidet im Kollisionsfalle lediglich die Priorität der gerichtlichen Einweisung [35]. Dies gilt je-

33) Handelt es sich von einer dem Exequenden entkommenen bayerischen Staats- oder anderen inländischen öffentlichen Fonds-Obligation, so kann gegen redliche dritte Besitzer derselben kein gerichtlicher Arrest erkannt, und darf bei den Schulden-Tilgungs-Kassen die Zahlung von verfallenen Zinsen, Kapitalien oder der damit verbundenen Gewinnste nicht sistirt werden. Vdng. vom 12. März 1817. Rgb. S. 178. Gleiches gilt von den Banknoten der b. Wechsel- und Hyp.-Bank. In ein Militär-Einstandskapital ist die Exekution in der Art zu verfügen, daß dasselbe auf den betreffenden Betrag der judikatmäßigen Forderung für den Fall, und für die Zeit, wo solches unbeschränktes Eigenthum des Einstehers oder dessen Erben sein wird, in Beschlag genommen und deshalb die geeignete Requisition an die betreffende Behörde erlassen wird. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 313. Zinsen aus militärischen Heiraths-Kautionen sind Exekutionsobjekt. Ebd. Bd. XII S. 319.

34) Natürlich setzt ein solcher Kollisionsfall voraus, daß die fragliche Forderung zur gleichmäßigen Befriedigung der mehreren Prätendenten nicht hinreiche.

35) Motive des Plenarbeschlusses vom 17. April 1844 (Reg. Bl. S. 569—73).

doch nur für die Kollision mehrerer Gläubiger, nicht aber für die Kollision eines Gläubigers mit einem Cessionar[36]) oder Assignatar aus der Zeit vor der gerichtlichen Einweisung[37]).

Bedarf es gerichtlicher Geltendmachung der als Exekutionsmittel bestimmten Forderung, so wird diese dem Exekutionssucher überlassen, welcher sich hiebei durch die gerichtliche Einweisung legitimirt[38]).

V.

In Ermangelung hinlänglicher Zahlungsmittel soll gegen Schuldner, welche aus eigenem Verschulden in solche Umstände und Unvermögenheit gerathen sind, zur Vollstreckung der Exekution mit Personalarrest verfahren werden[38a]).

Der Gläubiger, welcher auf Exekution durch Personalarrest anträgt, muß anführen, daß andere Mittel, zu seiner Befriedigung zu gelangen, nicht vorhanden. Eine Nachweisung hierüber zu liefern, ist nicht erforderlich. Sache des Schuldners ist es, zur Vermeidung des Personalarrestes reelle Befriedigungsmittel darzubieten.

Dagegen hat Implorant nicht nur anzuführen, sondern auch glaubhaft zu machen, daß den Schuldner der Vorwurf verschuldeter Unvermögenheit treffe[39]). Angemessen ist es, die Belege zur Bewahrheitung dieser Voraus-

36) Als solcher erscheint auch derjenige, dem die fragliche Forderung verpfändet war. Bl. f. RA. Bd. X S. 37.

37) Eine ausführliche Erörterung dieses Satzes findet sich in den Bl. f. RA. Bd. X S. 33 ff.

38) Vgl. Bayer Vorträge edit. VIII. S. 1115.

38a) Auch in Merkantilsachen ist der Personalarrest als Exekutionsmittel anwendbar. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 359.

39) Glück in den Bl. f. RA. Bd. I S. 367—79.

setzung, wenn sie nicht schon in den Akten vorliegen, sogleich mit dem Anrufen auf Exekution beizubringen. Ist dies nicht geschehen und Implorat stellt sein Verschulden in Abrede, so wird bei Anberaumung der in §. 31 Abs. 2 der Novelle von 1819 bestimmten Tagfahrt dem Imploranten aufgegeben, in derselben die nöthigen Behelfe vorzulegen. Nicht von einer förmlichen Beweisführung, sondern nur von summarischer Wahrscheinlichmachung handelt es sich [40]).

Bei gänzlichem Ermangeln sonstiger Sustentationsmittel ist es eine weitere Voraussetzung des Personalarrestes, daß von Seite des Gläubigers der Unterhalt des Arrestaten bestritten werde [41]).

Es steht nicht in der Willkür des unbezahlten Gläubigers, die Dauer des Schuldarrestes in's Ungemessene zu verlängern, vielmehr im Ermessen des Richters, derselben, nach Verlauf einer angemessenen Zeit, auf Ansuchen des Arrestaten ein Ziel zu setzen. Der Schuldarrest ist ein letzter Versuch, den Schuldner oder seine Angehörigen zur Beischaffung von Zahlungsmitteln zu bestimmen. Kann die Erreichung des Zweckes nicht mehr gehofft werden, so muß er aufhören. Zudem geht es nicht an, wegen Nichtzahlung von Schulden eine Freiheitsbeschränkung von solcher Dauer stattfinden zu lassen, wie sie nur für bedeutende Verletzungen der Strafgesetze gedroht ist [42]).

VI.

„Wenn Jemand Etwas zu thun, oder zu unterlassen, z. B. die Schaarwerk zu leisten, den Weidgang zu

40) Glück a. a. O. S. 378—9.

41) Der hiefür vorzuschießende Geldbetrag wird durch billiges Ermessen des Richters festgestellt.

42) Glück in den Bl. f. RA. Bd. I S. 391—3.

„meiden und zu dergleichen kondemnirt wird, so soll man „eine gewisse Geld=, Gefängniß oder andere ergiebige „Strafe festsetzen, um bei Vermeidung derselben dem Ju=„dikat nachzukommen [43])."

Handelt es sich von einer Leistung, welche auch ein Dritter vollbringen kann, so läßt sich die Exekution auch so bewerkstelligen, daß die Leistung durch einen Dritten besorgt, und der Kostenbetrag aus den Mitteln des Verpflichteten beigetrieben wird. Ueberhaupt steht es in dem Ermessen des Berechtigten, im Falle des gegnerischen Ungehorsams, statt auf Straf=Einschreitungen anzutragen, sofort sein Interesse zu liquidiren [44]), und die Vergütung desselben zu begehren.

Wo mit Straf=Einschreitungen verfahren wird, geschieht im Falle der Erfolglosigkeit der zuerst gedrohten Geldstrafe, nebst Beitreibung derselben, wiederholte Androhung mit erhöhtem Betrage und bei beharrlichem Ungehorsame, Androhung und Verhängung von Personalarrest [45]).

43) Ueber Anwendung dieser Vorschrift gegen Adelige und Staatsdiener s. Bl. f. RA. Bd. IV S. 89; gegen Gemeinden bei einem Ausspruche bezüglich der Gemeinde=Markung Bd. XII S. 176. Ueber den Vollzug eines Erkenntnisses auf Quittungsertheilung Seuffert's Archiv Bd. IX S. 169. Vollstreckung eines Erkenntnisses auf Rückkehr zu dem Ehegatten ebd. Bd. VII S. 158.

44) Vgl. Bd. III S. 411, 457.

45) In der Nürnberger Schrift über das Exek.=Verf. S. 25 wird hierüber bemerkt: „Der Vollzug muß rasch sein, damit nicht neue Androhungen sich häufen, ehe die verfallenen Strafen beigetrieben sind, wodurch leicht der Erfolg geschwächt, und die Hartnäckigkeit des Ungehorsamen bestärkt wird. Bei der wiederholten gesteigerten Strafandrohung ist das Duplum der richtige Maßstab nicht, weil hiedurch das Verhältniß zu schnell überschritten wird."

Ist eine Unterlassung zu erzwingen, so kann der Zwang auch in Aufbürdung einer Kaution, (de omittendo, non amplius turbando) oder in Vorkehrung von Sicherheitsmaßregeln z. B. Ausstellung von Wachen, auf Kosten des Verurtheilten bestehen.

Es versteht sich von selbst, daß der Verpflichtete Kosten und Schäden, welche sein Ungehorsam verursacht, ersetzen, und bei urtheilswidrigen Veränderungen eines faktischen Zustandes den vorigen Stand wiederherstellen muß.

§. 4.

Sachen, worin die Exekution nicht Statt hat.[1]).

1) „Soll man weder Kindbetterinnen, noch Kranken „oder sonst preßhaften Personen ihr Bett, Leinwand und „was sie sonst in einem solchen erbarmungswürdigen Zu„stande unentbehrlich nöthig haben, durch die Exekution „abnehmen.“

Aus dem Zusammenhange erhellt, daß Betten, Leinwand u. d. g., welche die bezeichneten Personen außer dem unentbehrlich Nöthigen besitzen, unter dieser Beschränkung der Hülfsvollstreckung nicht begriffen sind.

Eben so soll man

2) „Bauern und Handwerksleute an ihrem Pfluge,

1) Ueber die Frage, ob zur Bezahlung der Schuld einer Kirchenstiftung in Ermangelung anderer Gegenstände die zum Gottesdienste bestimmten Gefäße und Gewänder, oder Kirche, Thurm- und Pfarrgebäude als Exekutionsobjekt verwendet werden dürfen? — s. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 144. — Ein Altentheil oder Ausgeding kann Gegenstand der Exekution sein, OAGE. vom 9. Dez. 1833 Nr. 356 32/33; eben so ein Wohnungsrecht des Schuldners, OAGE. vom 28. Januar 1826 in Sachen Körber ca. Opitz.

„Schiff und Geschirr, Handwerkszeuge oder Saamen- und „Speisgetreide, gebrödete Diener an ihrem Liedlohne, wie „auch jene, welche vom Studiren Profession machen [2]), „an ihren Büchern, und endlich alle Andere an ihrer täg- „lichen Kleidung so lange nicht exequiren, als noch von „anderen Mitteln etwas übrig ist."

Diese Vorschrift ist ein Folgesatz der Regel, nach welcher man das Entbehrliche vor dem Unentbehrlichen angreifen soll. Daraus ergibt sich, daß sie auf entbehrliche Sachen der fraglichen Art keine Anwendung finde, z. B. auf Exemplare von Ackergeräthen oder Handwerkszeug, welche der Schuldner über seinen Bedarf besitzt, auf Bücher, welche dem Berufe desselben fremd sind, z. B. auf belletristische Schriften im Besitze eines Juristen oder Mediziners [3]).

Soldaten, Landwehrmänner und Polizeidiener an dienstlichen Waffen und Monturstücken zu exequiren, ist unstatthaft [4]). Nach der Natur der Sache sollte Gleiches von den Uniformstücken der Staats- und öffentlichen Diener des Civilstandes gelten.

3) „Wenn die Exekution in eines Minderjährigen Vermögen vorzunehmen ist, so soll dieselbe auf Verlangen des Vormundes in immobilibus eher nicht vollstreckt werden, bis keine anderen anständigen Exekutionsmittel an leicht zu versilbernden Mobilien und flüssigen Aktivschulden mehr vorhanden sind [5]).

Der Inhalt dieser speziellen Vorschrift versteht sich nach der oben S. 294 lit. c. erwähnten Regel von selbst.

2) Lehrer und Lernende, so wie Diejenigen, welche ihre Wissenschaft im Dienste des Staates, der Kirche oder sonst ausüben.

3) Vgl. die Nürnberger Schrift über das Exek.-Verf. S. 31.

4) Vgl. Vdng. vom 26. Jänner 1810 (Rgbl. S. 89); vom 18. Sept. 1813 (Rgbl. S. 1213).

5) In Ansehung der Hypothekgläubiger s. oben S. 294. Note 14.

4) „Besoldungen, Gagen, Pensionen und Quiescenzgehalte der unmittelbaren und mittelbaren Staatsbeamten, Militärpersonen [5a]), öffentlichen Diener und Geistlichen, sie mögen aus Staats-, Stiftungs-, Gemeinde- oder was immer für anderen Kassen [6]) fließen, können, wenn sie nicht über fünfhundert Gulden betragen, nur bis zu einem Fünftheile, — wenn sie nicht über tausend Gulden betragen, nur bis zu einem Viertheile, bei noch höherem Betrage nur bis zu einem Dritttheile — Vollstreckungsmittel sein, und das hier festgesetzte Maaß darf niemals, selbst nicht mit Einwilligung des Schuldners, überschritten werden."

Bei Anwendung dieser Vorschrift (Nov. v. 1837 §. 73 [6a]) sind

a) Geld- und Natural- [7]) Besoldung zusammenzurechnen. Für sonstige Nebenbezüge [8]) gilt die verordnete Beschränkung nicht [9]). S. jedoch unten lit. e.

b) Auf Taggelder und sonstige Funktions-Remunerationen von öffentlichen Dienern, welche nicht stabil angestellt sind, findet der §. 73 keine Anwendung [10]). Die-

5a) Dies bezieht sich auch auf Löhnungen der Unteroffiziere, Soldaten und Gensdarmen. Bl. f. RA. Bd. XI S. 50.

6) Insbesondere standes- und gutsherrlichen. v. Stürzer im VI. Beil. Bd. der Verh. d. K. d. A. v. 1837 S. 409.

6a) Die Vorschrift des erwähnten Gesetzes hat auf frühere Einweisungen keine Anwendung. Bl. f. RA. Bd. XII S. 301.

7) Die Naturalien kommen nach dem Geldbetrage in Rechnung, für welchen sie bei der Besoldung angeschlagen sind, z. B. 2 Schäffel Weizen, 7 Sch. Korn und 12 Sch. Haber zusammen für 140 fl.

8) Nebenbezüge, welche zur Bestreitung dienstlicher Ausgaben bestimmt sind, kommen für die Exekution nicht in Betracht; ebensowenig die Dienstwohnung.

9) Lauk in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 24.

10) v. Stürzer in den Verh. der K. d. A. von 1837 Bd. X S. 273.

selben können nach ihrem vollen Betrage als Exekutionsmittel in Anspruch genommen werden. Indessen liegt es hier im Interesse der Gläubiger selbst, den Schuldner nicht durch Entziehung der Subsistenzmittel in eine Lage zu versetzen, welche ihn zu fernerem Verdienste unfähig machen und den Verlust des Dienstes nach sich ziehen könnte.

c) Ständig angestellte Hofdiener sind den Staatsdienern gleichzuachten [11]).

d) Standesherrliche und gutsherrliche Beamten und Diener, welche es lediglich mit der Vermögensverwaltung oder mit der Person des Dienstherrn oder seiner Familie zu thun haben, gehören nicht zur Kategorie der mittelbaren Staatsbeamten oder öffentlichen Diener; auf sie ist daher der §. 73 nicht anwendbar [12]). Wohl aber ist derselbe auf Gemeinde- und Stiftungsbeamten [13]) resp. Diener zu beziehen [14]); ohne Ausnahme derjenigen, welche blos für das Gemeindevermögen angestellt sind, weil dieses, wie das der Stiftungen, für gemeinnützige Zwecke zur Erfüllung von Aufgaben des Staatsverbandes dient, und

11) Daß der Monarch von einem der Majestät seiner Stellung entsprechenden Hofdienste umgeben sei, ist Staatsangelegenheit. Aus diesem Gesichtspunkte aufgefaßt, stehen auch die Hofdiener in der Kategorie der Staatsbeamten. — In Ansehung der Hofdiener, welche Militärs sind, bewirkt schon diese Eigenschaft die Subsumtion unter den §. 73.

12) Das OAG. hat jedoch in einem Erk. vom 26. April 1844 (Nr. $599^{10}/_{11}$) den §. 73 auf einen Subalternen einer standesherrlichen Domanialkanzlei in Anwendung gebracht, weil diesen Verwaltungsbehörden im Sinne der Deklaration vom 19. März 1807 lit. I. und der IV. Beil. zur VU. §. 58 der Charakter einer öffentlichen Stelle zukomme.

13) Familienstiftungen ausgenommen.

14) S. jedoch oben lit. b.

unter Aufsicht und Leitung der Regierung verwaltet und verwendet wird [15]).

e) Bei Pfarrern, deren Amtseinkünfte großentheils aus Zehnten, Kirchengütern und in Stolgebühren fließen, sind die revidirten Fassionen zu Grunde zu legen, welche bei Ausschreiben der Pfründen kund gemacht werden [16]).

f) Die Beschränkungen, welche der §. 73 festsetzt, sind im öffentlichen Interesse verordnet. Die nöthigen Erforschungen hinsichtlich des Betrages der in Frage befindlichen Amtseinkünfte sind von Amtswegen zu pflegen.

g) Sind die Alimente, welche ein Bediensteter seinen Angehörigen zu reichen hat, durch Urtheil auf einen die im §. 73 bestimmten Quoten übersteigenden Betrag festgesetzt, so steht dieser §. dem Vollzuge nicht im Wege [17]).

h) Die Exekution mittelst Gehalts-Abzügen geschieht durch gerichtliche Verfügung an die betreffende Kasse, die fraglichen Gehaltstheile entweder zu Gerichtshanden, oder unmittelbar an den Gläubiger zu zahlen, welcher die Exekution ausgewirkt hat [18]).

15) Vgl. Anmerk. zum StrafGB. Bd. III S. 148 Nr. 11.

16) Jedoch mit Rücksicht auf eine erhebliche Minderung des Ertrages, wenn solche in einem gegebenen Jahre etwa durch Elementar-Beschädigungen herbeigeführt worden.

17) Verh. der Kammer der Abg. von 1837 Bd. X S. 266. — Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 271—2; v. Spies a. a. O. §. 104.

18) Hierüber, insbesondere über die Frage, unter welchen Umständen die Erlassung einer solchen gerichtlichen Verfügung stattfinde, s. Bl. f. RA. Bd. X S. 40—47. — Vgl. auch den Plenarbeschluß vom 17. April 1844: „Außer dem Konkurse kann ein später sich meldender Gläubiger gleichzeitige, ratenmäßige Befriedigung aus den Gehaltsabzügen seines Schuldners gegen einen schon früher hierauf gerichtlich angewiesenen Gläubiger nicht verlangen." — mit dem oben S. 300. Vorgetragenen und den Bl. f. RA. Bd. X S. 47.

i) Am Schlusse der Motive zu dem angef. §. 73 kommt vor:

„In Beziehung auf die Wittwenpensionen, Gnaden-„gehalte, Bezüge aus den Armen- oder Almosenkas-„sen, dann Sparkassengelder zu Augsburg u. s. w. „hat es bei den hierüber bestehenden Verordnungen „vom Jahre 1781, 1784, 1790, 1793, 1813 ledig-„lich zu bewenden."

Aus dem Inhalte der in Bezug genommenen Verordnungen ergeben sich folgende Sätze:

α) Wittwen-[19]) Pensionen sollen für die Schulden der Männer gar nicht, für die von der Wittwe selbst gemachten Schulden nur bis zu einem Dritttheile ihres Betrages als Exekutionsmittel angegriffen werden. Das in den Vdgen vom 17. Aug. und 15. September 1781 und vom 14. Nov. 1793 angeführte Motiv: „weil die den Wittwen „verwilligten Pensionen bloße Kurfürstliche Gnaden, deren „Genuß lediglich von der höchsten freien Willkür abhängt" — paßt zwar nicht mehr auf die heutzutage nach der Pragmatik vom 1. Jänner 1805 rechtlich gebührenden Pensionen. Aber das Wegfallen eines Grundes kann die Anwendung jener Vdgn auf die pragmatischen Pensionen um so weniger hindern, als auf diese der andere in dem Reskripte vom 23. Juni 1781 hervorgehobene Grund, nämlich die Widmung der Pension zur nöthigen Alimentation, eben so wohl paßt, als auf Gnaden-Pensionen [20]).

19) Von Männern, welche in den Kategorieen des §. 73 standen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XI S. 49.

20) Vgl. Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 25: „Ein Gesetz kann zugleich auf mehreren Gründen beruhen, deren jeder einzeln genommen den Gesetzgeber bestimmt haben würde. Fällt nur Einer dieser Gründe weg, so behält das Gesetz

β) Gnaden-Gelder aus dem Hof-Almosen-Amte (aus der Kabinetskasse) sollen nicht zum Exekutionsobjekte dienen; eben so wenig Bezüge aus anderen Almosenkassen [21]).

γ) Bei Forderungen gegen Polizeisoldaten soll einem Abzuge von ihrem Solde nicht stattgegeben werden [22]).

δ) In Beziehung auf die Augsburger Sparkassengelder bestimmen die Statuten vom 1. Jänner 1822 §. 7 [23]), daß die eingelegten Gelder nebst Zinsen, so wie die darüber ausgestellten Quittungsbücher einer Verkümmerung oder Inhibition nicht unterworfen werden sollen, wohingegen die Hülfsvollstreckung in die bei einem Schuldner sich etwa vorfindenden Quittungsbücher der Ersparnißkasse keineswegs ausgeschlossen ist [24]).

5) Die Beantwortung der Frage, inwieferne Substanz oder Früchte eines Familienfideikommiß-Gutes Exekutionsmittel sein können, richtet sich nach den Vorschriften der 7. Beilage zur VU. §§. 53—65.

durch die übrigen eben so seine Gültigkeit, als wenn diese Gründe Anfangs nur allein vorhanden gewesen wären." Ueber die Frage, inwieferne den Gläubigern ein Anspruch auf Befriedigung aus Alimenten des Schuldners zukomme s. Seufferts Arch. Bd. V S. 97. Ueber das Leibgeding als Gegenstand der Hülfsvollstreckung s. Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. IV S. 311.

21) Vdng. vom 2. Dez. 1784 (Mayr Gen. S. Bd. III S. 47).

22) Vdng. v. 18. Sept. 1813 (Rgbl. S. 213); Vdng. v. 11. Juni 1790 (M. G. S. Bd. V S. 199).

23) Regb. von 1823 S. 333.

24) D. h. es muß, damit das Guthaben des Einlegers zur Exekution in Beschlag genommen werden kann, das demselben ausgestellte Quittungsbuch zu Gerichtshanden gekommen sein. Beschlagnahme ohne Vorlage des Quittungsbuches hat die Sparkasse-Verwaltung nicht zu beachten. Sie zahlt nur Dem, der das Quittungsbuch vorzeigt.

6) Ueber die Zwangs=Schuldentilgung aus Lehengütern und Lehenfrüchten entscheiden die Bestimmungen des Lehen=Ediktes vom 7. Juli 1808 §§. 144—162.

§. 5.

Von der Exekution gegen einen Dritten.

Inwieferne der Rechtssatz, daß über eine einmal rechtskräftig entschiedene Sache kein neuer Streit erhoben werden könne, auch im Verhältnisse zu Dritten gelte, ist zu Kap. XIV §. 11 in Bd. III S. 476 f. erörtert worden. Eine andere Frage ist es, ob und inwieferne die Exekution eines rechtskräftigen Ausspruches gegen einen Dritten d. h. einen Nichttheilnehmer des Prozesses Platz greife? Regel ist: die Exekution findet nur gegen Diejenigen Statt, welche verurtheilt sind [1]); soll ein Dritter das Zugesprochene leisten, so muß er darauf mit einer neuen Klage belangt werden. Diese Regel gilt unbedingt für Verurtheilungen auf Forderungsklagen [2]). Handelt es sich aber vom Vollzuge

1) Eine Person, von welcher es gewiß, daß sie Erbe des Verurtheilten geworden, gilt nicht als Dritter. Vgl. Mevius Dec. P. VIII. dec. 136: „Non aliter executio contra heredem decernitur, quam cum constat, illum esse heredem nec non hereditati se immiscuisse.“

2) Auch im Falle der Verbürgung für judicatum solvi findet keine Ausnahme statt. S. Heffter System S. 620 Not. 4; eben so wenig im Verhältnisse zu dem dritten Besitzer einer Sache welche dem mit der Forderungsklage obsiegenden Gläubiger für die ausgeklagte Forderung verhypothezirt ist. Das Hypothekengesetz, indem es dem Hypothekgläubiger einen Anspruch gegen den dritten Besitzer der Hypotheksache einräumt (§. 54—6), gibt ihm mehr nicht, als ein Klagerecht. Ein Recht des Gläubigers, gegen den dritten Besitzer sofort auf Exekution antragen zu können, ist durch die Voraussetzungen der in vorliegendem §en gege-

eines auf eine dingliche Klage gesprochenen Urtheiles, so kann dieser auch gegen einen dritten Besitzer der streitigen Sache[3]) Platz greifen, „wenn er entweder 1) dieselbe erst während des Streites an sich gebracht[4]) oder „2) sonst mala fide inne hat[5]) oder 3) die Sache so beschaffen ist, daß sich res judicata nach Inhalt obigen „14. Kapitels 11 §. auf ihn (d h. den Besitzer der streitigen Sache) erstreckt[6])." — S. jedoch oben §. 1 S. 270.

benen Bestimmungen bedingt; daher bei der Exekution eines auf eine Forderungsklage gesprochenen Urtheiles nicht begründet. Vgl. die Nürnberger Schrift über das Exek.-Verf. S. 118. Anders verhält sich aber die Sache, wenn nicht der dritte wirkliche Besitzer des Hypothekenobjektes, sondern der Hypothekschuldner im öffentlichen Buche als Besitzer des Hypothekenobjektes eingetragen ist. Hier wird durch den Umstand, daß ein Dritter Besitzer des Exekutionsobjektes ist, das Vorschreiten im Exekutionsverfahren nicht gehindert. Bl. f. RA. Bd. XI S. 381.

3) Vgl. Mevius Decis. P. VIII decis. 380 Nr. 7: „Sic, cum agitur personali actione, quia illa rem litigiosam non facit, executio non fit contra successorem sine novo processu, etsi lite pendente facta fuerit alienatio."

4) Kreittmayr bemerkt hiezu: „es liegt nichts daran, ob er von dem Streite Wissenschaft gehabt oder nicht; denn das vitium litigiosi erstreckt sich ad quoscunque possessores bonae vel malae fidei."

5) Insbesondere, wenn er sie bereits vor dem Streite an sich gebracht, aber bei dem Erwerbe das Recht des jetzigen Siegers gekannt hat.

6) So erstreckt z. B. das gegen den Verpfänder gesprochene Urtheil seine rechtliche Wirkung auch gegen den die Sache besitzenden Pfandgläubiger, wenn dieser Kenntniß von dem Streite gehabt, sich aber dessen nicht angenommen hat; so kann das gegen den legitimus contradictor bei einem Familienfideikommisse Erkannte auch gegen Fideikommißfolger vollstreckt werden. S. Komment. Bd. III S. 478—9.

§. 6.

Von der Immission.

Ein Mittel der Exekution ist die gerichtliche Einsetzung des Gläubigers[1]) in den Besitz von liegenden Gütern und Grundstücken[2]) des Schuldners[3]), um aus deren Früchten und Einkünften[4]) seine Befriedigung zu erlangen.

Diese Immission soll

1) durch einen „actum realem" geschehen, durch wirkliche körperliche Einführung des obsiegenden Theiles in die Räume des liegenden Gutes, oder durch einen symbolischen Akt z. B. Span- oder Wasen-Schnitt, Uebergabe der Schlüssel u. d. g.; bei größeren Landgütern aber durch Verpflichtung der Verwalter für den immittirten Gläubiger, durch Anweisung der Grundholden und Pächter, Lieferungen und Zahlungen an denselben zu machen.

2) Durch die Immission erlangt der Gläubiger nicht nur den rechtlichen Besitz von dem übergebenen Gute und die Befugniß, dasselbe auf Abschlag seiner Forderung auf hauswirthschaftliche Art zu benützen[5]), sondern auch, wenn er nicht schon Hypothekgläubiger war, einen gesetzlichen Titel zur Eintragung einer Hypothek auf das fragliche

1) Auf Hypothekgläubiger ist das Recht der Immission nicht beschränkt. Lehner Hyp.-R. Bd. II §. 133.

2) Oder auch von Gerechtigkeiten, welche den Immobilien gleichgeachtet werden. Die Exekution in Besoldungstheile ist nicht Immission. Bl. f. RA. Bd. XI S. 319.

3) Oder auch eines dritten Besitzers der für die fragliche Forderung verhypothezirten Immobilien, jedoch in diesem Falle nicht wegen älterer Zinsen, für die nach §. 42 des HG. ein dritter Besitzer nicht haftet. Lehner a. a. O.

4) Etwa auch durch Wohnungsgenuß.

5) Ueber den Anspruch immittirter Gläubiger auf die Windbrüche — s. Bl. f. RA. Bd. VII S. 288.

Gut[6]) und nebstdem für den Fall ausbrechender Gant das Vorzugsrecht der vierten Klasse nach Prioritätsordnung §. 23. Nr. 8.

Dagegen ist er

3) verbunden, alle Gutsnutzungen welche von ihm nach Abzug der Auslagen wirklich eingebracht wurden, oder bei gewöhnlicher Hauswirthschaft hätten eingebracht werden können und sollen[7]), an seiner Forderung, und zwar vorerst an passirlichen Zinsen und Kosten[8]), sodann an dem Kapitale selbst abziehen zu lassen, und deßwegen getreue Rechnung abzulegen, diese auch auf Begehren mit dem Manifestationseide zu bestätigen.

4) Dem Immittirten steht frei, ob er die Administration selbst übernehmen, oder durch einen verpflichteten Verwalter führen lassen will[9]). Im letzten Falle hat dieser

6) Hyp.=Gesetz §. 12. Nr. 12.

7) Nach Kreittmayr Anmerk. zu diesem §en lit. e. hätte er in dieser Beziehung nur für culpa lata zu haften. Aber v. Stürzer (CGB. S. 863) bemerkt ganz richtig, daß die Vorschrift des Gesetzes von Haftung für culpa levis zu verstehen sei. Dafür spricht auch die Parallelstelle in den Anmerkungen zum LR. Th. II Kap. 6 §. 11 Nr. 1 lit. k.

8) Hierüber, insbesondere über Aufrechnung von Verwendungen, entscheiden die Civilgesetze jeder Provinz. — Hat die Immission in Grundstücke eines Dritten, als Hypothekobjekte stattgefunden, so darf der Gläubiger seine Befriedigung aus den fraglichen Grundstücken nur für diejenigen Zinsen suchen, welche seit Anstellung der hypothekarischen Klage fällig wurden, oder welche zur Zeit der Klagestellung für das laufende und nächstvorhergegangene Jahr verfallen waren. Vergl §. 42, 51, 54 des Hyp.=Ges.

9) v. Stürzer bemerkt zu dieser Stelle: „Ist schon ein Verwalter vorhanden, dann bleibt es dabei, und er wird immisso neu verpflichtet. — Dieser kann auch allenfalls Güter, Gewerbe, — consentiente debitore — verpachten.

allein Rechenschaft hievon zu geben[10]), und die erhobenen Nutzungen entweder zu Gericht, oder gleich unmittelbar dem Immittirten gegen Schein von Zeit zu Zeit einzuhändigen.

5) Die Pächter, welchen das Gut schon vor der Immission bona fide [11]) verpachtet gewesen ist, sollen vor Ausgang der bedungenen Pachtzeit ohne legale Ursache[12]) nicht vertrieben oder gesteigert werden, es sei denn, daß Immissus schon vor dem Pachte ein älteres Recht[13]) auf das Gut gehabt habe.

6) Hatte der Immittirte kein Hypothekrecht auf das Gut, so muß er einem Hypothekgläubiger, welcher später die Immission begehrt, bis zu dessen Befriedigung den Platz räumen. Unter mehreren Hypothekgläubigern entscheidet der Vorzug des Alters auch hinsichtlich des Rechtes auf Immission, ohne Rücksicht darauf, daß etwa der jüngere die Immission früher erwirkt hatte [14]). Einen im Range gleich stehenden Hypothekgläubiger ist der Immittirte schuldig in die Co-Immission mit einzunehmen und zum ver-

10) Indessen kann auch den Immittirten selbst Verantwortlichkeit treffen, wenn er etwa in der Auswahl des Verwalters ein Verschulden begangen, oder die Aufsicht eines diligens paterfamilias versäumt hat.

11) Hierüber bemerkt Kreittmayr in der Anmerk. lit. e. „Von überschuldeten Debitoren pflege zu geschehen, daß sie ihre Güter zum Schaden und Nachtheile ihrer andringenden Gläubiger mit allem Fleiß um ein Bagatell verpachten, und manchmal den Pachtschilling gleich voraus auf gewisse Jahre antizipiren lassen."

12) Z. B. wenn der Pächter den Pachtschilling nicht bezahlt oder das Gut abschwendet.

13) Hiezu rechnet Kreittmayr a. a. O. auch Hypothekrechte von einem dem Pachtvertrage vorgehenden Datum.

14) Vgl. Hyp.-Gesetz §. 61.

hältnißmäßigen Mitgenusse der Gutsnutzungen kommen zu lassen[15]).

7) Die Immission hört wieder auf, wenn Immissus völlig befriedigt ist, oder wenn das Recht des Schuldners und seiner Erben auf dem übergebenen Gute erlischt, z. B. das Recht auf ein Stammgut, welches nach dem Tode des Schuldners auf einen Stammgutsfolger übergeht.

8) Durch den Generalkonkurs der Gläubiger wird zwar die vorher geschehene Immission eines Partikulargläubigers nicht aufgehoben, es müssen aber gleichwohl die erst während des Konkurses verfallenden Früchte zur Gantmasse eingeworfen und bis zur Vertheilung gerichtlich hinterlegt werden[16]).

§. 7.

Von der Subhastation, Licitation und Adjudikation.

Um nach fruchtlosem Ablaufe der vorgesteckten Fristen (s. §. 3 Note 19), und Erledigung der etwa vorgebrachten Einwendungen (s. §. 8) die zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Geldmittel zu verschaffen, wird zum Verkaufe der Exekutionsobjekte geschritten. Der Vollzugsakt, in welchem „des Schuldners Gut mittelst des öffentlichen Verrufes an den Meistbietenden zum Verkaufe ausgeboten wird," heißt in der GO. und den älteren Quellen

15) Wenn es in der GO. a. a. O. Nr. 6 weiter heißt: Ein Minderprivilegirter aber kann die Co-Immission nur so weit prätendiren, als die Gutsnutzungen zur Befriedigung beider und sämmtlicher Gläubiger hinreichen, — so kann darin ein praktischer Kern nicht gefunden werden; indem es wohl nicht vorkommt, daß die Nutzungen eines Gutes zur gleichzeitigen Befriedigung sämmtlicher Gläubiger hinreichen.

16) S. jedoch §. 70 des Hyp.-Ges.

des bayerischen Prozeßrechtes — Vergantung. Vgl. unten die Einleitung zum Kap. XIX.

I.

Ueber den Zwangsverkauf beweglicher Exekutionsobjekte bestimmt die Novelle von 1837 in den §§. 78—86[1]).

1) Die ausgepfändeten Gegenstände sind der öffentlichen Versteigerung auszusetzen, und zwar:

a) Vieh, Naturalien, gemeine zu Jedermanns Gebrauche dienende Geräthe u. dgl. innerhalb 10 — 14 Tagen;

b) seltenere Geräthe, edlere Weine, Gegenstände von Gold und Silber u. dgl. innerhalb 14 Tagen bis zu 4 Wochen;

c) Kunstsachen, Edelsteine, Pferde von edler Art u. d. g. innerhalb 6—12 Wochen, — nach der Auspfändung[2]).

1) Mehrere dieser Bestimmungen haben sich in der Anwendung als ungeeignet erwiesen, so daß man sich — mit Zustimmung der Betheiligten — darüber hinwegzusetzen pflegt. S. unten die Noten 5, 9, 15, 16, 17. Wo die Anwendung einer solchen Vorschrift im gegebenen Falle als unpassend erscheint, kann in der zunächst vorhergehenden richterlichen Verfügung bemerkt werden: zur Geschäftsvereinfachung und Kostenersparung werde, wenn kein Theil Einspruch erhebe, z. B. der Anschlag in allen Gemeinden des Gerichtsbezirkes unterbleiben.

2) In Ansehung von Exekutionsobjekten, welche hier nicht besonders angeführt sind, entscheidet das richterliche Ermessen nach Analogie der gegebenen speziellen Vorschriften über die Einreihung in eine der drei Klassen. Es ist dabei auf den Werth der Sachen, und auf die Aussicht Rücksicht zu nehmen, durch längeres Zuwarten eine größere Konkurrenz von Käufern zu veranlassen. Ueber Versteigerung von Waarenlagern s. Verh. der K. d. A. von 1837 Bd. X S. 302 f.

2) Der Schuldner kann verlangen, daß die Versteigerung in einer anderen Gemeinde[3]) gehalten werde, wo etwa mehr Kaufslustige zu erwarten sind, als in derjenigen seines Wohnortes.

Er muß aber die zu versteigernden Gegenstände auf seine Kosten dahin bringen lassen.

Gleiches Recht und gleiche Verbindlichkeit hat der Gläubiger, wenn er bei etwaigem minderen Erlöse Verlust an seiner Forderung zu befürchten haben sollte. Im Falle des Zweifels hat das Gericht zu entscheiden.

3) Die Versteigerung soll zum Voraus bekannt gemacht werden[4]):

a) In dem oben Nr. 1 lit. a. bezeichneten Falle wenigstens 6 Tage vor der Versteigerung in der Gemeinde, in welcher solche gehalten wird, und in drei benachbarten, und zwar unter mehreren gleich nahen in den drei größten[5]);

v. Stürzer bemerkte: Es gibt unbedeutende, große, ausgezeichnet große Waarenlager. Ob in einem vorgekommenen Falle ein Waarenlager der lit. a. b. oder c. angehöre, Das zu ermessen muß der Urtheilskraft des Richters überlassen werden.

3) Darunter sind wohl nur andere Gemeinden desselben Gerichtsbezirkes zu verstehen. Man kann anderen Gerichten nicht zumuthen, Geschäfte solcher Art auf Requisition zu übernehmen. S. jedoch unten Nr. 7.

4) Ist dem Gerichte bekannt, daß die zu versteigernden beweglichen Sachen, als Pertinenz einer unbeweglichen für eine Hypothekschuld haften, so ist dem Hypothekgläubiger von der bevorstehenden Versteigerung zufolge GO. VIII §. 4 Nr. 5 Kenntniß zu geben.

5) Diese gesetzlichen Bestimmungen paßen nur für solche Bezirke, welche aus mehreren Gemeinden bestehen, nicht aber für größere Städte. Da die Bewohner der den größeren Städten benachbarten Landgemeinden andere Bedürfnisse ha-

b) im Falle Nr. 1 b. wenigstens 10 Tage vorher im ganzen Gerichtsbezirke [6]);

c) im Falle Nr. 1 c. wenigstens 4 Wochen vorher im ganzen Kreise, und überdies [7]) in 2 öffentlichen Blättern, wovon jede Partei eines zu benennen hat [8]).

4) Die Bekanntmachung geschieht in den Gemeinden durch Anschlag, im Gerichtsbezirke durch Anschlag in allen Gemeinden desselben [9]) und an dem Gerichtsitze, im ganzen Kreise überdieß [10]) auch durch das Intelligenzblatt [11]).

5) In der Zwischenzeit von der Auspfändung bis zur Versteigerung[12]) steht es dem Schuldner in jedem Augen-

ben, als die Städter, so verursacht die verordnete Bekanntmachung der in der Stadt abzuhaltenden Versteigerung dem Schuldner in der Regel zwecklose Auslagen.

6) S. Note 1, 9.

7) D. h. Nebst dem Ausschreiben im Kreis = Amtsblatte. S. Nr. 4.

8) Machen die Parteien von dieser Befugniß keinen Gebrauch, so wählt der Richter. Rücksicht auf die im Gerichtsbezirke am meisten gelesenen Blätter ist natürlich. — Eine Verbindlichkeit zur Einrückung in den Münchener „Allgemeinen Anzeiger" kann nicht angenommen werden; in einem solchen Zwange würde die verfassungswidrige Einführung einer neuen, indirekten Steuer liegen.

9) Eine wegen der vielen Schreibereien und Kosten, welche sie verursacht, unpraktische Vorschrift, deren Anwendung, mit Einverständniß der Parteien, meistens unterbleibt. v. Spies a. a. O. §. 118.

10) D. h. nebst dem Anschlage am Gerichtslokale und dem Ausschreiben in 2 von den Parteien zu bezeichnenden Blättern.

11) Nämlich das Kreis-Amtsblatt.

12) D. h. bis zum Beginne der Versteigerung. Daß dies der Sinn des Gesetzes sei, erhellt aus den Verhandlungen der Kammer der Reichsräthe von 1837 Bd. III S. 161 f. Moritz Realkommentar S. 676. Dagegen v. Spies §. 121.

blicke frei, die ausgepfändeten Gegenstände durch Leistung der Zahlung auszulösen, oder Sicherheit zu bestellen, in so weit diese von dem Gläubiger, oder, wo mehrere Gläubiger sind, von deren Gesammtheit[13]) als genügend angenommen werden will.

6) An Sonn- und christlichen Feiertagen darf keine Versteigerung vorgenommen werden[14]).

7) Die Versteigerung ist, wenn sie an Orten, wo sich der Gerichtssitz befindet, oder in größeren Städten geschieht, oder wenn die Forderung über hundert Gulden beträgt[15]), von dem Gerichte selbst, außerdem aber von dem Gemeindevorsteher vorzunehmen; die Parteien sind jedoch berechtigt, die Abhaltung der Versteigerung irgend einem Dritten mittelst Uebereinkunft zu übertragen.

8) Bei Gegenständen, welche ihrer Geringfügigkeit

13) Die Mehrheit entscheidet hier nicht; anders in dem unten zu §. 13 zu erörternden Falle, für welchen die Vorschrift des §. 82 der Novelle keine Anwendung findet. v. Spies a. a. O. §. 122.

14) In Gegenden, wo eine Konkurrenz jüdischer Mitstreicher zu erwarten ist, liegt es im Interesse der Betheiligten, daß kein jüdischer Feiertag zur Versteigerung gewählt werde. Darauf ist von Seite der Gerichte Rücksicht zu nehmen. Im Entwurfe des §. 83 fand sich der Beisatz: „Auch an jüdischen Fest- und Feiertagen soll in Gegenden, wo auch jüdische Glaubensgenossen wohnen, keine Versteigerung stattfinden." Dieser Beisatz wurde von der Kammer der Reichsräthe gestrichen, jedoch in der Berathung bemerkt, ein billiger Richter werde es ohnehin an der Berücksichtigung nicht fehlen lassen. Verh. d. K. d. R. Bd. III S. 162—5, 206.

15) Wenn zwar die Forderung über hundert Gulden beträgt, aber der Taxwerth der vorgefundenen Exekutionsobjekte bedeutend weniger, so möchte kein Fall der Versteigerung durch das Gericht selbst anzunehmen sein. v. Spies a. a. O. §. 124.

wegen nicht geschätzt sind [16]), erfolgt der Zuschlag an den Meistbietenden unbedingt, — bei Gegenständen aber, welche geschätzt sind, oder einen Marktpreis haben, nur dann, wenn das Meistgebot mindestens drei Viertheile des Schätzungswerthes oder des Marktpreises erreicht [17]).

Außerdem, oder wenn gar kein Bietender erscheint, wird eine zweite Versteigerung anberaumt, und bei dieser werden die ausgepfändeten Gegenstände dem Bietenden unbedingt, oder wenn auch hier ein solcher nicht erscheint, dem Gläubiger um die Taxe [18]), soweit es erforderlich ist [19]), zugeschlagen [20]).

16) Sehr häufig kommen Auspfändungen wegen Schulden von wenigen Gulden, und von Gegenständen sehr geringen Werthes vor: Hier gilt es, auf Minderung der Kosten Bedacht zu nehmen, damit der dürftige Schuldner möglichst geschont werde. Die Beiziehung eines Schätzers zu unterlassen, wird häufig deßwegen keinem Bedenken unterliegen, weil der Gerichtsdiener, welcher jeden Tag solche Geschäfte zu besorgen hat, den Verkaufswerth gewöhnlicher Haushaltungsgegenstände selbst zu ermessen im Stande sein wird. Ohnehin wird sich dabei auf das Einverständniß der Betheiligten rechnen lassen.

17) Tritt das Nichterreichen von drei Viertheilen des Schätzungswerthes nur bei einzelnen, minder bedeutenden Sachen ein, so würde die genaue Anwendung der Vorschrift mehr Kosten verursachen, als Nutzen bringen. Vgl fr. 25 de legibus.

18) Ein Recht der Erinnerung gegen die Taxe ist vom Gesetze nur den Betheiligten und hinsichtlich unbeweglicher Versteigerungsobjekte eingeräumt (§. 87).

19) Unter mehreren Gegenständen kann der Gläubiger wählen. — Beträgt der Taxwerth mehr als die Forderung, so muß der Gläubiger den Ueberschuß herauszahlen. v. Spies a. a. O. §. 126.

20) Der Gläubiger kann zwar selbst mitbieten, nicht aber den

Gold und Silber dürfen niemals unter dem Bruchwerthe zugeschlagen werden.

9) Ist die zur Zahlung erforderliche Summe erreicht, so darf kein Gegenstand weiter versteigert werden. Ohne baare Zahlung darf der mit der Versteigerung Beauftragte, bei eigener Haftung, nichts abgeben.

Binnen drei Tagen nach der Beendigung der Versteigerung hat das Gericht die Auszahlung des Erlöses, nach vorher berichtigten Kosten, an den Gläubiger und des allenfallsigen Ueberschusses an den Schuldner, zu bewirken [21]).

Zuschlag unter der Taxe verlangen; eben so wenig gezwungen werden, die Sache um die Taxe anzunehmen. Daß die in §. 100 beigefügten Worte „sofern er es übernehmen will" im §. 85 nicht vorkommen, rechtfertigt einen solchen unnatürlichen Zwang nicht. Handelt es sich bei dem Mangel jedes oder eines der Taxe sich annähernden Gebotes von hochtaxirten Sachen unsicheren Werthes, so scheint es angemessen, dem Antrage des Gläubigers auf eine Revision der Taxe unter Zuziehung anderer Sachverständigen stattzugeben. — Wird das Exekutionsverfahren durch die Weigerung des Gläubigers, sich den Zuschlag um die Taxe gefallen zu lassen, seines Erfolges beraubt, so ist es billig, daß er vor dem Uebergange zu anderen Exekutionsmitteln die Kosten des vereitelten Verfahrens erstatte resp. berichtige.

21) Puchta (Anleitung S. 193) bemerkt: Ist der Auktionserlös gering, so kann er wohl gleich nach Vollendung des Geschäftes und erfolgter Zahlung der Kaufgelder an den Gläubiger resp. Schuldner von dem Exekutor gegen Quittung verabfolgt werden. Um einer Summe von 15 — 20 Gulden willen wird man die Parteien nicht noch einmal den Weg zum Gerichte machen lassen und Deposital-Annahms- und Ausgabs-Mandate extrahiren.

II.

Sind Immobilien [22]) als Exekutionsobjekt bestimmt und etwaige Einwendungen erledigt, so wird auf weiteres Anrufen und Anzeige des Gläubigers, daß der Schuldner dem Zahlungsauftrage in der gesetzten Frist nicht nachgekommen, die öffentliche Feilbietung verfügt [23]). Ueber den Vollzug dieser Verfügung stellt die Novelle von 1837 in §. 87—107 folgende Normen [24]) auf:

22) Oder Gerechtigkeiten, welche den Immobilien gleichgeachtet werden. Auch reale Gewerbe sind Gegenstand der Subhastation.

23) Durch diese Verfügung werden die bezeichneten Immobilien, wenn es nicht schon früher geschehen, für die Exekution in Beschlag genommen. Dem Besitzer ist nun (nicht schon durch den den Vorschlag der Exekutions-Objekte eröffnenden Zahlungsbefehl) die Dispositionsbefugniß entzogen, und sachgemäß wird sofort durch Requisition des einschlägigen Hypothekenamtes die Eintragung des Veräußerungsverbotes in das Hypothekenbuch veranlaßt. Lehner a. a. O. §. 139. — Noch ist zu bemerken, daß die Vorschrift der Novelle §. 108, nach welcher gegen die Feilbietung mit Suspensiveffekt an den Oberrichter Beschwerde geführt werden kann, auf die hier in Frage befindliche Verfügung zu beziehen, aber nicht so zu verstehen ist, als ob durch die Einlegung des Rechtsmittels auch die Vorbereitung der Feilbietung, nämlich die Werthserhebung aufgehalten würde. Vgl. unten Note 34.

24) Die Bestimmungen der Gerichtsordnung Kap. XVIII §. 7 Nr. 3, dann des Prozeßgesetzes vom 22. Juli 1819 §. 32, die dem Schuldner zu bewilligende Frist zum Selbstverkaufe ansehnlicher Güter, Gutskörper u. dgl. betr. und die Stelle im 1. Absatze des §. 31 des nämlichen Gesetzes, soweit dort von diesem Selbstverkaufe die Rede ist, finden keine Anwendung mehr, §. 88 der Novelle von 1837. — Der §. 89 dieses Gesetzes bestimmt: „Eine stille Gant durch er-

1) Ist ein unbewegliches Vermögen [25]) der Gegenstand der Hülfsvollstreckung, so ist der Werth dadurch zu bestimmen, daß aus den Rechnungen wenigstens der letzten fünf Jahre, aus den allenfalls vorhandenen Grundbüchern, den Forst-, Stift- und Gefäll-Registern, und aus anderen dienlichen Behelfen von dem aufgestellten Verwalter oder einem anderen Rechnungsverständigen, unter Leitung des kompetenten Gerichtes, Guts- und Ertrags-Anschläge gefertigt werden. Wenn derlei Behelfe nicht vorhanden sind, oder die Betheiligten sich mit diesen Behelfen nicht zufrieden stellen [26]), so haben drei Sachverständige, wovon einen der Schuldner, den anderen der Gläubiger und den dritten das Gericht zu benennen hat [27]), den Werth nach dem zur Zeit der Schätzung laufenden Preise [28]) der Güter und Gerechtigkeiten zu bestimmen [29]).

nannte Kuratoren ohne öffentliche Feilbietung — (Gerichtsordnung Kap XVIII §. 7 Nr. 9) hat nicht mehr Statt. — Auch das Einstandsrecht der Adeligen (Nr. 9 Abs. 2 des §. 7) ist aufgehoben. §. 103 der Novelle. Die Versteigerung und der Hinschlag von Immobilien, auf welchen Ewiggelder haften, richtet sich nach den besonderen Rechten des Ewiggeldes. Hyp.-Ges. §. 67.

25) Gleichviel ob verhypothezirt oder nicht.

26) Zur Erklärung ist denselben eine 8tägige Frist vorzustecken.

27) Wenn Behelfe der bezeichneten Art nicht vorhanden, sind in dem Dekrete, welches die Feilbietung verfügt, die Parteien zur Benennung der Schätzmänner unter dem Präjudize aufzufordern, daß sonst Supplirung der Wahl durch das Gericht eintreten werde. — Außerdem geschieht dieselbe Aufforderung in Folge der Erklärung der oder eines der Betheiligten, sich mit den Behelfen der Werthserhebung nicht zufrieden zu stellen.

28) Bei Schätzungen zum Zwecke der Hypothekbestellung wird auf einen dauerhaften Werth gesehen.

29) Ueber die Art der Erklärung der Sachverständigen s. Bd. III

Der Gläubiger und der Schuldner sind berechtigt, bei der Aufnahme der Schätzung[30]) persönlich gegenwärtig zu sein, und daher zu dem Akte beizuladen; sie können gegen die Werthserhebung [31]) entweder sogleich am Schätzungstermine, oder höchstens in 8 Tagen nachher Erinnerungen machen [32]); doch darf hiedurch das weitere Verfahren niemals aufgehalten werden, noch gegen den hierüber gefaßten richterlichen Beschluß [33]) ein Rechtsmittel stattfinden[34]).

2) Die Versteigerung unbeweglicher Güter muß:

a) wenn es sich von einzelnen Grundstücken handelt,

S. 326 Nr. 3. Im Falle einer Meinungsverschiedenheit entscheidet der Durchschnitt. Hellmuth a. a. O. S. 194 Note. 47. Die Verfügung der Gutsschätzung im Exekutionsverfahren erfordert Kollegialberathung nicht. Bl. f. RA. Bd. XXI S. 60.

30) Ueber die Frage, ob die Besichtigung der zu schätzenden Objekte von Seite der Sachverständigen unter Leitung einer Gerichtskommission zu geschehen habe — s. Bl. f. RA. Bd. IV S. 17 f.

31) Auch gegen die Schätzer selbst und das etwa widerrechtliche Verfahren bei der Schätzung. v. Spies a. a. O. §. 127. Uebrigens ist eine gehörige Werthserhebung durch genaue Erkundung und Würdigung aller Bestandtheile, Zugehörungen, und der physischen und rechtlichen Eigenschaften des Gutes bedingt. Vgl. Puchta's Anleitung S. 195 f.

32) Erinnerungen, denen unbescheinigte Behauptungen zu Grunde liegen, sind nicht zu beachten.

33) Nach Beschaffenheit der Erinnerungen kann erforderliche Ergänzung angeordnet, oder auch zu neuer Werthserhebung geschritten werden. Lehner a. a. O. §. 147.

34) Bl. f. RA. Bd. XI S. 280. Wird jedoch auf diesen Beschluß hin die Subhastation verfügt, so kann die Beschwerdeführung gegen letztere Verfügung durch Einwendungen gegen die Werthserhebung motivirt sein.

wenigstens 3 Wochen vorher[35]) in der Gemeinde, wo sie liegen, und in drei, oder nach den Anträgen der Betheiligten[36]) auch in mehreren benachbarten Gemeinden[37]) —

b) bei größeren Gütern und ganzen Anwesen, soferne sie den Werth von 1000 fl. nicht übersteigen, wenigstens 6 Wochen vorher im ganzen Gerichtsbezirke, und nach den Anträgen der Betheiligten in den angränzenden Gerichtsbezirken[38]);

c) bei sehr ansehnlichen Gütern[39]), Gutskörpern, Fabriken u. d. g. wenigstens zwei Monate vorher im Kreise bekannt gemacht werden[40]).

Den Hypothek- und den übrigen aktenmäßig bekannten Gläubigern[41]) ist die Versteigerung besonders bekannt zu machen[42].

35) D. h. vor der Versteigerung.

36) Dies kann wohl aus erheblichen Motiven auf Antrag eines der Betheiligten gewährt werden.

37) Vgl. oben S. 318 Nr. 3 lit. a. S. 319 Nr. 4.

38) S. oben S. 319 Nr. 3 lit. c. Nr. 4.

39) D. h. denjenigen, welche den Werth von 1000 fl. übersteigen.

40) S. oben S. 319 Nr. 3 lit. c. Nr. 4. Unter die Kategorieen b und c pflegt man auch die Häuser in den Städten einzureihen. — Was die Einrückung in öffentliche Blätter betrifft, so genügt einmalige Einrückung in jedem der gewählten. v. Spies a. a. O. §. 130.

41) Auch dem Schuldner Hellmuth a. a. O. S. 195.

42) §. 90 der Nov. v. 1837. Vgl. §. 66, 67 des Hyp.-Gesetzes. Den Hypothekgläubigern ist von allen auf die Subhastation Bezug habenden, insbesondere auch von den in Ansehung der Werthserhebung ergehenden Verfügungen Kenntniß zu geben. Vgl. Lehner a. a. O. §. 104.

Die Hypothek-Gläubiger sind aus dem Hypothekenbuche, andere aus den Repertorien über die in der Verhandlung resp. der Exekutionsinstanz begriffenen, oder bei einem Obergerichte schwebenden Rechtssachen, beziehungsweise aus den

3) Die öffentliche Bekanntmachung muß enthalten eine kurze Beschreibung des Gutes nach seinen Bestandtheilen, Rechten und daraufliegenden Lasten[43]), dann nach seiner Benützungsfähigkeit, ferner den Schätzungswerth, oder den ausgemittelten Ertrag, und die Kaufsbedingungen, welche für die Kaufslustigen von besonderem Interesse sind, oder sein können[44]). — Die genauere Beschreibung des Gutes, das Schätzungsprotokoll, der Ertrags-Durchschnitt, die Guts- und Renten-Rechnungen, die vorhandenen amtlichen Notizen über etwa anhängige Rechtsstreite[45]) u. s. w.,

betreffenden Akten zu entnehmen. Die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift in Ansehung einzelner Gläubiger begründet für diese keine Nichtigkeitsklage, wohl aber einen Regreßanspruch gegen den einer Nachlässigkeit schuldigen Richter, wenn die Unterlassung eine Beschädigung verursacht hat. Vgl. Lauk in den Blättern für RA. Bd. V S. 315. — S. auch unten Note 88.

Daß die Bekanntmachung auch denjenigen zu geschehen habe, von welchen eine Vindikationsklage gegen den Schuldner über die zu versteigernde Sache anhängig ist, folgt aus GO. VIII §. 4 Nr. 5. —

Ueber die Einmischung, welche das kollidirende Interesse anderer Gläubiger hervorrufen kann, s. unten §. 8, IV Nr. 1 und Kap. XIX §. 2.

43) Unrichtigkeiten, welche in dieser Beschreibung durch Schuld des Richters vorkommen, können demselben eine Regreßklage zuziehen. Verh. der K. d. Abg. von 1837 S. 366. — S. übrigens unten Nr. 15. Puchta a. a. O. S. 205 bemerkt: „Den Gerichten kann unmöglich zugemuthet werden, von allen Realitäten und Lasten, Nutzungen und Beschwerden, aktiven und passiven Servituten aller Immobilien ihres Bezirkes Kenntniß zu haben."

44) Z. B. daß ein bestimmter Theil des Kaufschillings verzinslich auf dem Gute stehen bleiben könne.

45) Welche das fragliche Gut betreffen.

sind in der Zwischenzeit von dem öffentlichen Ausschreiben bis zum Versteigerungstage den Kaufslustigen bei dem Gerichte zur Einsicht offen liegen zu lassen[46]).

4) Die Versteigerung soll, soferne nicht besondere Verhältnisse, oder die als gegründet befundenen Anträge der Betheiligten[47]) eine Ausnahme bewirken[48]), in derjenigen Gemeinde, wo das Gut gelegen ist, und zwar durch eine Richterperson und einen Aktuar vorgenommen werden[49]).

5) Tag und Stunde des Anfangs der Versteigerung muß genau eingehalten werden.

Dem Gerichte unbekannte Personen, gegen deren Zahlungsfähigkeit Zweifel obwalten, sind zur Steigerung nicht zuzulassen, wenn sie nicht bei der Tagfahrt ihre Zahlungsfähigkeit nachweisen. [49a]).

Bei keiner vom Gerichte angeordneten Versteigerung darf der Schuldner mitsteigern[50]), eben so wenig der mit der Versteigerung Beauftragte, oder der Protokollführer, letztere bei Vermeidung einer Strafe von fünf bis fünfzig Gulden, und — nach Umständen — einer Disziplinarstrafe mit ihren Folgen.

6) Wird kein Gebot mehr gelegt, so sollen die An=

46) §. 91 der Nov. v. 1837.

47) Es kommt nicht darauf an, daß beide Betheiligte den Antrag stellen.

48) So kann z. B. der geringe Werth des zu versteigernden Grundstückes zur Ersparung der Kosten eine Ausnahme begründen; eben so der Umstand, daß von einer Anzahl zu versteigernder Grundstücke nur eines oder einige in einer anderen Markung liegen. Kiliani a. a. O. S. 121.

49) §. 94 der Nov. v. 1837. Durch den Ausdruck „Richterperson" sind Protokollisten, (Sekretäre), Accessisten und Funktionäre ausgeschlossen. Bl. f. RA. Bd. XII S. 170.

49a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 369 ff.

50) Daß der Gläubiger nicht mitsteigern dürfe, ist nicht verordnet. S. jedoch unten Note 58.

wesenden noch dreimal, jedesmal nach einem Zwischenraume von nicht weniger als zwei Minuten, befragt werden, ob Niemand mehr ein höheres Gebot zu legen gemeint sei. — Erfolgt auch auf die dritte Aufforderung kein höheres Gebot[51]), so soll der Zuschlag geschehen, und die Tagfahrt beendigt werden[52]).

7) Erfolgt gar kein Gebot, oder wird nicht wenigstens der Schätzungswerth geboten, so ist sowohl der Schuldner, als der mit einem Verluste bedrohte Gläubiger berechtigt[53]), zu verlangen, daß das Gut[54]) nicht zugeschlagen[55]), sondern eine zweite Versteigerung längstens vier Wochen hinaus nach der ersten vorgenommen werde[56]).

51) Ein höheres Gebot, welches ein Steigerer unter der Bedingung von Fristenzahlungen macht, kann bei Verkäufen auf baar Geld nicht beachtet werden. Vgl. unten Nr. 9.

52) §. 97 der Nov. v. 1837. Was hier von Beendigung der Tagfahrt verordnet ist, bezieht sich nur auf Tagfahrten zur Versteigerung eines Gutes oder Grundstückes.

53) Deßwegen sind dieselben in solchem Falle von dem Resultate der Versteigerung, wenn sie derselben nicht beiwohnten, in Kenntniß zu setzen. Natürlich wird in solchem Falle der Zuschlag in der Versteigerung nicht ertheilt.

54) Sind mehrere einzelne Grundstücke im Aufstriche, so werden diejenigen, auf welche wenigstens der Schätzungswerth geboten wurde, zugeschlagen, von den anderen gilt das oben Gesagte. — Wird auf einzelne Grundstücke nichts geboten, so können mehrere bei dem Ausgebote zusammen genommen werden. — Uebrigens rechtfertigt der Umstand, daß eine Hypothek auf mehrere Hypothek-Objekte mit ungetheilter Summe eingetragen war, das Begehren nicht, sie zusammen — als ein Ganzes — auszubieten.

55) Wenn beide Theile in den Zuschlag willigen, oder der Gläubiger nicht gefährdet ist und der Schuldner einwilligt, so kommt es nicht zur zweiten Versteigerung.

56) §. 98 der Nov. v. 1837. Zwischen der ersten und zweiten

Bei der zweiten Versteigerung erfolgt der Zuschlag ohne Rücksicht auf den Schätzungswerth, — was schon vorher in der Ankündigung der Versteigerung ausdrücklich bekannt zu machen ist [57]).

Erfolgt am zweiten Versteigerungstage gar kein Angebot, so wird das Gut dem Gläubiger um die Taxe zugeschlagen [58]), soferne er es übernehmen will. — Will er dieses nicht, so steht es ihm frei, auf Verpachtung des Gutes, oder auf Immission in dasselbe, oder auf Sequestration, oder auf neuerliche Feilbietung, jedoch auf seine Kosten den Antrag zu stellen [59]).

Versteigerung sollen höchstens 4 Wochen in der Mitte liegen. Wegen der Nothwendigkeit wiederholter Bekanntmachung wird sich dies nicht so genau einhalten lassen.

57) §. 99 der ged. Novelle.

58) Der Gläubiger kann sich dadurch, daß er selbst bietet, den Zuschlag unter der Taxe nicht verschaffen. Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. XII S. 77, Bd. XXI S. 70.

Diese Ansicht ist von dem OAG. verworfen worden, s. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 37.

59) §. 100 der Nov. von 1837. Sind in einem Falle, da kein Angebot erfolgte, mehrere Gläubiger betheiligt, und es kommt eine gütliche Vereinigung (sämmtlicher betheiligten Gläubiger) rücksichtlich der Uebernahme des Gutes, oder dessen Verpachtung, oder der Immission in dasselbe, oder der Fortsetzung der Versteigerung, nicht zu Stande, so ist, so ferne ein anderes Mittel zur Befriedigung sämmtlicher Forderungen nicht vorhanden ist, dem Ablösungsrechte (jus delendi) statt zu geben. §. 101 der ged. Nov. Zu diesem Ende sind alle dabei betheiligten Gläubiger auf einen bestimmten Tag vorzuladen, an welchem sie ohne weitere Bedenkzeit nach der umgekehrten Ordnung der Priorität, vom letzten angefangen, sich zu erklären haben, ob sie das Exekutionsobjekt an Zahlungsstatt übernehmen und alle vorhergehenden Gläubiger befriedigen, oder auf die Befriedigung ihrer Forderungen

8) Ueberall, wo nach den vorgetragenen Bestimmungen die Voraussetzungen des an den Meistbietenden[60]) zu ertheilenden Zuschlages gegeben sind, hat derselbe sogleich in der Versteigerungstagfahrt selbst[61]) zu geschehen[62]). Durch den Zuschlag wird der Steigerer an sein Meistgebot gebunden, und ein weiteres Mehrgebot ausgeschlossen[63]). S. jedoch unten Nr. 12.

Die Gerichte sind verbunden, demselben binnen längstens 14 Tagen[64]) bei Vermeidung einer Ordnungsstrafe

aus dem Ablösungsgegenstande verzichten wollen. Vgl. GO. XIX §. 17 Nr. 2 und §. 37 der Nov. v. 1819. Steht die Priorität noch nicht fest, so muß dieselbe vorgängig durch gütliche Uebereinkunft oder richterlichen Zwischenbescheid festgestellt werden. (Vgl. unten §. 13 Note 25). — Erklärt sich ein Gläubiger für die Ablösung, so wird ihm das Gut zugeschlagen, nebstdem in dem Zuschlags-Dekrete bestimmt, wann und wieviel er an die ihm vorgehenden Gläubiger und an das Gericht für die Kosten zu zahlen habe. Lehner a. a. O. §. 155.

60) Oder an den Gläubiger im Falle des §. 100, oder an einen der Gläubiger im Falle des §. 10 der Novelle.

61) Dies paßt nicht im Falle der Note 53, wenn die Betheiligten bei der Versteigerung nicht gegenwärtig waren, und der Zuschlag auf ihre nachherige Genehmigung des unter dem Schätzungspreise gebliebenen Meistgebotes erfolgt.

62) Also durch den die Versteigerung, resp. die Verhandlung über Ausübung des Ablösungsrechtes leitenden Gerichtskommissär. — Uebrigens gilt die Vorschrift der GO. XVIII §. 7 Nr. 5 nicht mehr.

63) Das dem Meistbietenden aus dem Zuschlage erwachsene Recht hindert aber den Gläubiger nicht, nachher bis zur Eröffnung des Adjudikationsbescheides darauf anzutragen, es möge das von ihm beantragte Exekutionsverfahren eingestellt werden, und die Erlassung des Adjudikationsbescheides unterbleiben. Bl. f. RA. Bd. VII S. 88.

64) Das Zuschlagsdekret kann an dem nämlichen Tage, bei

von 10 bis 50 fl. das förmliche Zuschlagsdekret (Adjudikationsbescheid) zustellen zu lassen[65]). Verstreichen die 14 Tage ohne Zustellung des Zuschlagsdekretes, so ist der Steigerer an sein Meistgebot nicht mehr gebunden[66]).

Das Zuschlagsdekret hat die Eigenschaft eines Urtheiles[67]), durch welches der Schuldner für schuldig erkannt wird, die versteigerte Sache dem Meistbietenden um das Meistgebot zu überlassen[68]). Das Verhältniß jedoch, welches aus der Adjudikation zwischen den Parteien und dem Käufer entsteht, hat nicht die Natur einer Obligation ex re judicata, sondern die einer Obligation aus einem perfekten Kaufgeschäfte[69]).

Einzelrichtern in unmittelbarem Zusammenhange mit der Versteigerungshandlung gefaßt und ausgefertigt werden. Hellmuth a. a. O. S. 197 Nr. 66.

65) §. 102 der Nov. v. 1837. Auch dem Schuldner muß eine Abschrift des Zuschlagsdekretes zugefertigt werden. Hellmuth a. a. O.

66) Verhandl. der Kammer der Abg. von 1837 Bd. X S. 374 —5.

67) Erfordert also bei Kollegialgerichten kollegiale Berathung. — In den Entscheidungsgründen ist zu zeigen, daß die das Subhastationsverfahren betreffenden gesetzlichen Vorschriften eingehalten worden. Zur Erlassung des Adjudikationsbescheides ist das requirirte Gericht kompetent. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 268, Bd. XVIII S. 276. Ueber die Frage, ob der Adjudikationsbescheid die Wirkung habe, daß durch dasselbe das Eigenthum der Sache an den Käufer übergehe, vgl. Ebd. S. 321 ff.

68) Bei Adjudikationsbescheiden ist der Klassenstempel von 15 kr. zu adhibiren, wenn sie nicht (s. unten Note 76b) die Stelle der Ankunfts- oder Kaufbriefe vertreten. Reskript vom 17. Nov. 1829 (Isarkr.-Int. Bl. v. 1829 S. 1059).

69) Macht der Käufer später Einwendungen gegen die Ansprüche, welche aus der Adjudikation gegen ihn erhoben werden, so

9) Jeder Gläubiger ist berechtigt, Versteigerung auf baare Bezahlung zu verlangen. Frist zur Zahlung des Kaufschillings oder Eintheilung der Zahlung in mehrere Fristen zu gestatten, hängt blos von dem Willen des Gläubigers, oder im Falle mehrere (betheiligte) Gläubiger vorhanden sind, von ihrer einstimmigen Erklärung ab[70].

10) Erfolgt die Zahlung[71]) nicht innerhalb der in den Steigerungsbedingnissen festgesetzten Frist[72]), oder wenn keine bedungen ist[73]), längstens in 14 Tagen, vom Tage der Eröffnung des Zuschlagsdekretes an, oder in der

sind diese nach dem Civilrechte zu beurtheilen, und dadurch, daß er gegen den Adjudikationsbescheid nicht appellirte, nicht ausgeschlossen. In Bezug auf die dem Käufer erwachsenden Verbindlichkeiten hat das Zuschlagsdekret nur die Wirksamkeit eines definitiven Kauf-Abschlusses, nicht die eines Urtheiles. — Anders kann sich die Sache verhalten, wenn schon vorher Streitverhandlungen über die zu ertheilende Adjudikation zwischen dem Schuldner und Käufer, oder auch zwischen mehreren Bietern gepflogen waren (vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 318), oder wenn ein Bieter darüber, daß nicht ihm der Zuschlag ertheilt worden, bei dem ersten Richter gegen den Adjudikationsbescheid ohne Erfolg remonstrirt hat.

70) Der Antrag auf Bewilligung von Zahlungsfristen kann, um ein höheres Gebot zu erzielen, sowohl vom Schuldner als einen Gläubiger ausgehen. Derselbe ist den anderen Interessenten zur Erklärung binnen kurzer Frist mitzutheilen. Auch in der Versteigerungstagfahrt selbst kann auf Antrag der Steigerer von dem gegenwärtigen Interessenten eine Fristenzahlung eingeräumt werden.

71) Hat ein Gläubiger den Zuschlag erhalten, so braucht er natürlich das ihm von der Kaufsumme lokationsmäßig Gebührende nicht einzuzahlen. OAGE. Nr. 464 $^{38}/_{39}$.

72) Soferne Fristenzahlung schon vor der Versteigerung zugestanden worden, ist dies in dem Ausschreiben oder doch am Beginne der Versteigerungstagfahrt kundzugeben. S. oben Nr. 3.

73) Sind keine besonderen Steigerungsbedingnisse kundgegeben,

bewilligten weiteren[74]) Frist (s. N. 9), so muß auf Anrufen des oder der Gläubiger eine weitere Versteigerungstagfahrt abgehalten werden[75]). Der erste Steigerer hat die Kosten zu tragen, und für den Mindererlös zu haften[76]).

Das hierauf abzielende Verfahren bildet eine Fortsetzung des Exekutionsverfahrens und steht unter der Herrschaft der hierauf bezüglichen Gesetze[76a]).

11) Der in den Kaufsbedingnissen festgesetzte Zahlungstag, oder außerdem längstens der vierzehnte Tag vom Tage der Eröffnung des Zuschlags-Dekretes ist auch der Tag, an welchem der Schuldner das Gut bei Vermeidung der Exmission zu räumen hat[76b]). Die Räumung

so versteht sich von selbst, daß auf baar Geld verkauft worden. Die Bestimmung der GO. XVIII §. 7 Nr. 6 ist aufgehoben.

74) D. h. erst nach dem Zuschlagsdekrete bewilligten.

75) In einem Ansbacher AGE. vom 17. Mai 1831 (441 30/31) wurde angenommen, daß auch bei diesen Versteigerungen das Einlösungsrecht der Hypothekgläubiger nach §. 64 des HG. stattfinde.

76) Ergibt sich ein Mehrerlös, so gehört er nicht dem ersten Steigerer, welcher wegen Nichterfüllung seiner Zahlungsverbindlichkeit das Eigenthum der Sache nicht erlangt hat, sondern dem Gläubiger, und nach dessen voller Befriedigung dem Schuldner. Hellmuth a. a. O. S. 199. Anders verhält sich die Sache, wenn der Käufer, unter Kreditirung eines Theiles der Kaufsumme in den Besitz gekommen war, und eine spätere Frist nicht einhält.

76a) Zeitschr. für Gesetzg. und Rechtspfl. des Königreichs Bayern Bd. 1 S. 571 Nr. V.

76b) Natürlich vorausgesetzt, daß der Steigerer am bestimmten Tage oder in der vorgestreckten Frist das ihm nach den Kaufsbedingnissen Obliegende erfüllt; so ferne nicht, was

des Gutes kann durch kein Rechtsmittel aufgehalten werden[77]).

12) Bei jeder Versteigerung unbeweglicher Güter kann der Schuldner bis zur wirklichen Versteigerung, und auch nachher bis zu erfolgtem Zuschlage[78]) durch vollständige Befriedigung (der zur Exekution gediehenen Forderungen) des Gläubigers, oder der Gläubiger, und Ersatz aller Kosten, den öffentlichen Verkauf oder den Zuschlag abwenden, oder der öffentlichen Feilbietung ungeachtet, selbst einen Käufer beibringen, soferne nur dieser den, oder die Gläubiger, sogleich baar bezahlt, oder mit dersel-

wohl höchst selten der Fall, in Ansehung des ganzen Kaufschillings Kredit gegeben ist. Die Leistung Dessen, was nicht durch Kreditgeben auf die Zukunft verschoben ist, bedingt die Einantwortung des Gutes und die Ausfertigung des Kaufbriefes. Daher kann der Adjudikationsbescheid, wenn nicht die Erfüllung des alsbald zu Leistenden vorangegangen, die Kaufurkunde nicht ersetzen. S. jedoch für Ansbach und Bayreuth — Preuß. Landrecht Th. I Tit. 11 §. 36; Reskript des Justizministeriums an das AG. für den Rezatkreis vom 20. Jänner 1834 vgl. mit dem Min. Reskript vom 11. April 1829.

77) Bl. f. RA. Bd. XII S. 384.

78) Daß hier unter Zuschlag das Zuschlagsdekret gemeint, hat Lauk in den Bl. f. RA. Bd. VI S. 121 f. überzeugend nachgewiesen. Für diese Ansicht läßt sich noch anführen, daß der §. 103 der Novelle zwar den Absatz 2, nicht aber den Absatz 1 der Nr. 10 §. 7 Kap. XVIII der GO. für aufgehoben erklärt. — Für Lauk's Meinung hat sich auch der oberste Gerichtshof erklärt. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 112. — Indessen findet die fragliche Befugniß des Schuldners nur bis zur Verkündung des erstrichterlichen Zuschlagsdekretes Anwendung; bis zur Beschreitung der Rechtskraft desselben dauert sie nicht fort, kann also durch Ergreifung eines Rechtsmittels nicht verlängert werden. Bl. f. RA. Bd. VI S. 127. Hellmuth a. a. O. S. 198 Note 62.

den allseitigen Einwilligung vollständig zu befriedigen übernimmt [78a]).

13) Wenn das versteigerte Gut verhypothezirt ist [79]), so kann jeder Hypothekgläubiger, welcher durch den Zuschlag um das Meistgebot [80]) seine Forderung ganz oder zum Theil verlieren würde, verlangen, daß ihm das Gut um das geschehene Meistgebot hingeschlagen werde; hierüber muß der Gläubiger innerhalb acht Tagen unerstrecklicher Frist von dem Tage der Versteigerung an gerechnet [81]), bei Verlust des Rechtes, vor Gericht sich nicht nur erklären, sondern auch die Mittel zur Befriedigung der ihm vorgehenden Gläubiger nachweisen [82]). — In Ansehung dieses Einlösungsrechtes [83]) hat der neuere Hypothekgläubiger vor dem älteren den Vorzug, jedoch nur gegen dessen vollständige Bezahlung, soferne nämlich derselbe sich ebenfalls für Ausübung des Einlösungsrechtes auf statthafte Weise

78a) Bl. f. RA. Bd. XX S. 304.

79) Ob die Versteigerung auf Andringen eines Hypothek- oder eines Chirographar-Gläubigers erfolgt, macht keinen Unterschied.

80) Jedoch findet das Einlösungsrecht nur statt, wenn bei der letzten Versteigerung das Meistgebot unter dem Schätzungspreise bleibt, und es ist dessen Ausübung unzuläßig, wenn das bei der Versteigerung geschehene höchste Angebot den Schätzungspreis erreicht. Plenarbeschluß des OAG. v. 19. Mai 1847, das Einlösungsrecht der Hypothekgläubiger nach §. 64 des Hypothekengesetzes betr. (RBl. S. 711).

81) Von welchem jeder Hypothekgläubiger in Kenntniß zu setzen S. oben S. 326 Nr. 2 a. E.

82) §. 64 des Hyp. Ges. Abs. 2, 3. Nur von Glaubhaftmachung, nicht von förmlicher Beweisführung handelt es sich hier. Eine Erklärung ohne diese Glaubhaftmachung ist wirkungslos.

83) Ueber den Unterschied desselben vom jus delendi s. Gönner, Komment. zum Hyp.-Ges. Bd. I S. 535. Vgl. unten Kap. XIX §. 17 Note 5.

erklärt hat [84]). Abtretung des Einlösungsrechtes an einen Dritten ist unzulässig [85]).

Nur definitiv eingetragene, nicht blos vorgemerkte Gläubiger können das Einlösungsrecht ausüben. Bei Berechnung der von dem Einlöser zu leistenden Zahlung kommen auch blos vorgemerkte (vorgehende) Forderungen in Ansatz; deren Befriedigung aus dem erlegten Gelde hängt jedoch von der Beseitigung der Hindernisse ab, welche seither der definitiven Eintragung im Wege standen.

Ergibt sich aus Anlaß des Einlösungsrechtes ein Streit über die Priorität, so ist darüber summarische Inzident-Verhandlung zu pflegen, und die Entscheidung dem Ausspruche über das Einlösungsrecht zu Grunde zu legen.

14) Ueber das Verfahren bei der exekutiven Beitreibung von Zinsen [86]) aus Hypothekkapitalien, welche nicht

84) Wenn ein in der Mitte stehender Gläubiger zwar wegen zu geringen Erlöses sein Kapital ganz oder zum Theile verlieren würde, aber sich in dem festgesetzten Termine nicht zur Einlösung meldete, so kann er seine Befriedigung von dem nachstehenden Gläubiger, welcher das Einlösungsrecht geltend macht, nicht oder doch nur insoweit verlangen, als das Meistgebot, welches der Einlösende zu erlegen hat, dazu hinreicht. v. Stürzer in den Verhandl. d. K. d. Abg. von 1837 (Beilagen Band VI S. 417). Vgl. auch OAGE. in Nr. $334^{36}/_{37}$. Hinsichtlich derjenigen Gläubiger, deren Forderungen durch das Meistgebot gedeckt sind, kommt natürlich eine Erklärung über Ausübung des Einlösungsrechtes gar nicht in Frage. — Noch ist zu bemerken, daß die Anwendung des §. 64 des HG. mit der des §. 101 der Novelle nicht in Kollision kommen kann, weil jener das Dasein eines Gebotes, dieser die Ermangelung eines solchen voraussetzt.

85) Ansbacher AGE. vom 16. Okt. 1827. Nr. $78^{27}/_{28}$.

86) Waren blos Zinsen eingeklagt, so braucht der Schuldner, um den Zuschlag des Exekutionsobjektes abzuwenden, das Kapital nicht zu erlegen.

über 2 Jahre alt sind [87]), s. Bd. II S. 73 f. Vgl. auch unten §. 8 S. 349.

15) Wurde eine Sache im Wege der Exekution durch öffentliche Versteigerung verkauft, so geht sie auf den Käufer frei von allen Hypotheken über, welche nicht als fortbestehend auf ihn überwiesen werden [88]). Dagegen bleiben die Dienstbarkeiten, Ewiggelder und andere dergleichen Reallasten, so weit sie schon vor der Gant rechtmäßiger Weise ohne Gefährde auf das vergantete Gut gekommen sind, noch ferner darauf liegen [89]).

87) Wo viertel= oder halbjährige Entrichtung der Zinsen bedungen, sind die beiden privilegirten Jahrgänge vom letzten verfallenen Termine zu berechnen.

88) Hyp.=Ges. §. 81. Hier ist verordnet: „Das Gericht hat dafür zu sorgen, daß die Hypothekgläubiger aus dem Kaufspreise nach gesetzlicher Ordnung befriedigt oder die noch nicht fälligen Forderungen auf der Sache belassen oder, nach Uebereinkunft der Betheiligten, auf andere Weise versichert werden." — Diese Obliegenheit hat das Gericht auch in Ansehung derjenigen Gläubiger, welche auf die oben Nr. 2 a. E. (S. 326) erwähnte Kundmachung keinen Schritt gethan haben, ihr Interesse zu wahren. — Ist das Rangverhältniß mehrerer Gläubiger noch unentschieden, und der Erlös zur vollständigen Befriedigung Aller unzureichend, so kann die Auszahlung, insoweit der Streit über die Prioritätsfrage obwaltet, bis zur rechtlichen Austragung nicht oder nur gegen andere Sicherstellung geschehen. (Vgl. unten Kap. XIX §. 17). Gerade so verhält es sich, wenn Forderungen konkurriren, für welche eine Hypothek nur vorgemerkt ist, oder welche zwar definitiv eingetragen, aber Gegenstand einer eingetragenen Protestation sind.

89) GO. XVIII §. 7 Nr. 8. Daher die oben unter Nr. 3 eingereihte Vorschrift. Der Umstand, daß dem Käufer eine der auf dem Gute haftenden Lasten, etwa durch Schuld des

16) Bei vollzogenem Zwangsverkaufe ist das Gericht verbunden, die Eintragung des neuen Besitztitels, des allenfalls rückständigen Kaufschillings, des gemachten Eigenthums-Vorbehaltes u. d. g. in das Hypothekenbuch vorzunehmen, beziehungsweise durch Requisition des einschlägigen Hypothekenamtes zu veranlassen [90]), auch in gleicher Weise die Löschung der Hypotheken, welche nicht auf den Käufer überwiesen wurden, zu bewirken.

§. 8.

Von den Exceptionen, wie auch von der Appellation, Intervention, Restitution und Nullitätseinwendung gegen die Exekution.

I.

Bei Mittheilung des Anrufens um Exekution bestimmt der Richter den Termin, innerhalb dessen bei Vermeidung der Exekution dem Urtheile genügt werden soll (s. oben §. 1). Will der Schuldner [1]) die vorgeschlagene Exekutionsart anfechten, oder ein anderes Exekutionsmittel vorschlagen, oder auf eine der gesetzlichen Rechtswohlthaten (§. 9 ff.) Anspruch machen, oder überhaupt das Anrufen um Exekution durch eine Einrede bekämpfen, so muß er alle diese Einwendungen und Anträge auf einmal [2]) in-

Gerichtes, unbekannt geblieben, gewährt demselben keinen Grund, die Fortdauer der Last für die Zukunft zu beanstanden.

90) Vgl. §. 99 Nr. 2, §. 139, 142 des Hyp.-Ges.

1) Nach dem rechtskräftigen Urtheile hat jeder Besiegte, auch der in einer dinglichen Klagsache Unterlegene, die Eigenschaft eines Schuldners, nämlich in Bezug auf die durch die res judicata begründete Obligation.

2) Die Erklärung hat die primär und eventuell vorgeschlagenen Exekutionsmittel zu umfassen. Auf nachträgliche Vorschläge muß neues Gehör verstattet, oder wenigstens zur Remon-

nerhalb einer unerstrecklichen Frist von vierzehn Tagen[3]), von der Insinuation des Zahlungsbefehles an gerechnet, bei Verlust seiner Einwendungen und des Gegenvorschlages anbringen[4]).

Das Gericht hat die ungegründeten Einwendungen und Anträge[5]) sogleich zu verwerfen, den offenbar gegründeten die geeignete Folge zu geben [6]), außerdem aber zur schlüssigen Verhandlung beide Theile auf einen bestimmten Gerichtstag[7])

stration gegen die darauf ergangene Verfügung vor der faktischen Einschreitung eine kurze Frist vergönnt werden. Vgl. Bl. f. RA. Bd. 1 S. 383—6.

3) Natürlich bezieht sich dies nicht auf Einwendungen, welche erst aus späteren Akten des Exekutionsverfahrens z. B. der Auspfändung, Subhastation oder Adjudikation oder aus dem Objekte nach veränderten Anträgen des Gläubigers (OAGE. vom 21. Okt. 1833 Nr. $4^{33}/_{34}$) entspringen, oder welche erst später zur Kenntniß des Schuldners gelangen, oder durch neuerliche Thatsachen, z. B. der Zahlung im Laufe der Exekutionsinstanz zum Dasein gelangen. Vgl. Gönner im Komment. zur Nov. von 1819 S. 417.

4) Die erwähnte Frist hat die Eigenschaft einer Nothfrist. Das Präjudiz wird verwirkt, wenn es gleich in dem Dekrete nicht angedroht war. OAGE. vom 9. April 1839. Nr. $1135^{37}/_{38}$.

5) Z. B. einen ungeeigneten Gegenvorschlag, ein unmotivirtes Fristen-Gesuch.

6) Hat z. B. der Schuldner in seiner Entgegnung gezeigt, daß die Imploration seines Gegners der Verfügung des Urtheiles nicht gemäß sei, so kann unmittelbar Zurückweisung der Imploration beschlossen werden.

7) Es soll protokollarische Verhandlung stattfinden, wenn auch der vorhergegangene Prozeß schriftlich gepflogen wurde. Gönner a. a. O. S. 420 bemerkt, durch das persönliche Zusammentreten beider Theile oder ihrer Anwälte werde dem Richter das Mittel verschafft, unter ihnen ein gütliches Einverständniß zu Stande zu bringen, welches hier besonders an seinem Platze sei, wo, ohne an dem Rechte etwas zu ver-

in kurzer Frist [8]) vorzuladen, und entweder sogleich, oder längstens in drei Tagen nach dieser Verhandlung das Erkenntniß zu fällen.

In gleicher Weise summarisch ist zu verfahren, wenn sich im weiteren Verlaufe des Exekutionsverfahrens Streitpunkte ergeben, welche gegenseitige Erklärungen der Betheiligten [9]) erfordern.

II.

„In der Exekution sollen keine anderen Exceptionen „mehr zugelassen werden, als jene, welche den modum et „ordinem executionis betreffen [10]), z. B. exceptio compe„tentiae, moratorii, inversi ordinis exequendi und der„gleichen."

Ueber Art und Ordnung der Exekution gibt es eine

geben, durch einige Nachsicht oder Nachgiebigkeit von der einen oder der anderen Seite in Ansehung der Zeit und Größe der Fristen u. dgl. dem weiteren Streite und Verfahren durch kluge Mitwirkung des Richters ein Ende gemacht werden könne.

8) Gönner a. a. O. bemerkt: „Auf mehr als vierzehn Tage ist er nicht hinauszusetzen, doch kann auch nach Umständen ein kürzerer Termin bestimmt werden."

9) Zu unterscheiden von einseitigen Erklärungen jedes der Betheiligten, z. B. über die ihm zukommende Wahl eines Schätzers, eines öffentlichen Blattes zur Bekanntmachung der Versteigerung, oder in Betreff der Erinnerungen über die vorgenommene Schätzung.

10) Kreittmayr bemerkt hiezu in den Anmerkungen: „Wir haben bereits oben gesehen, daß bei den Römern in der Exekution allezeit nova actio, novus processus angestellt werden mußte. Man darf sich daher nicht viel wundern, wenn sie auch mit der Gestattung der Exceptionen in ipsa executione freigebiger gewesen sind . . . . Jure hodierno greift keine neue Action, oder Prozeß in executione mehr Platz."

Reihe von Rechtsregeln, welche in den §§. 1—7 vorgetragen wurden. Einwendungen, welche die Anwendung dieser Rechtsregeln betreffen, können erst im Exekutionsverfahren vorkommen. Hieher gehören Einwendungen, durch welche der Implorat das Dasein der Voraussetzungen des Exekutionsverfahrens überhaupt [11]) oder bezüglich seiner Person oder des Gegners [12]) bestreitet, oder die Zuständigkeit der für die Exekution thätigen Behörde angreift [13]), oder in Ansehung der Sachen, woran die Exekution vollbracht werden soll, die Anträge des Gegners resp. die Verfügungen des Gerichtes bekämpft, oder in Bezug auf Fristenbestimmung, Beschlagnahme, Immission, Auspfändung, Schätzung, Versteigerung, Zuschlag oder andere Modalitäten des Exekutionsverfahrens Einspruch erhebt und Gegenanträge stellt.

Ueber die Einreden, durch welche die zum Schutze im Exekutionsverfahren dienenden Rechtswohlthaten geltend gemacht werden, s. unten §§. 9—14.

Insoferne sich die Einwendungen des Schuldners, durch welche er das Exekutionsverfahren abzuwenden, aufzuhalten oder zu modifiziren sucht, auf Behauptung gewisser

11) Z. B. die Rechtskraft des zu vollstreckenden Urtheiles, die Liquidität des geforderten Betrages, die Uebereinstimmung des gegnerischen Anrufens mit dem Inhalte des Urtheiles, die Erfüllung der dem Gegner nach dem Urtheile obliegenden Gegen- oder Kautions-Leistung. S. oben §. 1. Vgl. auch Bl. f. RA. Bd. XIV S. 156.

12) Wenn etwa ein angeblicher Rechtsnachfolger die Exekution sucht, oder wenn sie gegen eine andere Person, als den Verurtheilten, gesucht wird. Hier ist es natürlich Sache des Imploranten, den Legitimationspunkt durch vollbeweisende Vorlagen zu berichtigen.

13) S. oben §. 2.

Thatsachen stützen, muß er mit dem Vorbringen die Bewahrheitung verbinden oder diese doch bis zur Verhandlungstagfahrt beibringen [14]).

III.

„So viel dagegen die exceptiones solutionis, compen-„sationis, novationis, divisionis, excussionis, rei emtae „non traditae, sententiae ex falsa causa latae und an-„dere in die merita causae principalis einschlagenden Ex-„ceptionen betrifft, so soll man auf sie weiter nicht mehr „attendiren [15]), es sei denn, daß sie sich erst nach der re „judicata hervorgethan haben, in welchem Falle sie aber „anders nicht, als per medium restitutionis, mithin nach „Maßgabe des 16. Kapitels §. 1 sub poena desertionis „angebracht werden sollen."

Hierüber ist zu bemerken:

1) die Bezugnahme auf die Grundsätze von der Restitution betrifft Einreden, von welchen der Schuldner vor der verurtheilenden Sentenz keine Kenntniß hatte [16]). Die Geltendmachung derselben in der Exekutionsinstanz bezweckt Reszission des zu vollstreckenden Urtheiles, und dem zufolge Einstellung der Exekution. Die oben zu Kap. XVI §. 1 über Begründung durch neu erkundete Thatsachen, über

14) Dies ist ein Folgesatz aus der gesetzlichen Vorschrift, nach welcher das Erkenntniß über die Exekutions-Einreden in der Tagfahrt selbst oder längstens in drei Tagen nach der Verhandlung erlassen werden soll.

15) Welches auch (bemerkt Kreittmayr in der Anmerk lit. c.) ex consequentia legis et doctrinae fließt, nachdem man einmal verordnet hat, daß bei der Litiskontestation regulariter alle sowohl dilatorischen als peremtorischen Exceptionen simul et semel sub poena praeclusionis angebracht werden sollen.

16) Kreittmayr in den Anmerk. lit. c.

Restitutionsfrist[17]), Beweisführung[18]) und Bedingung des Suspensiveffektes vorgetragenen Lehren kommen auch hier zur Anwendung. Die Restitution kann vertheidigungsweise in der Exekutionsinstanz auch auf dem Grunde neu aufgefundener Beweismittel über früher vorgebrachte Einreden nachgesucht werden; wie überhaupt dieses Rechtsmittel so auf dem Wege der Klage, wie auf dem der Einrede, zu gebrauchen ist.

2) Verschieden von den auf dem Wege der Restitution noch zulässigen, materiellen Einreden sind diejenigen, welche erst nach dem Urtheile durch neuerliche Thatsachen zum Dasein gelangen[19]), oder sich aus Verfügungen des Urtheiles ergeben[20]). Einreden dieser Art sind ebenfalls nicht präkludirt, und daher in der Exekutionsinstanz unbedenklich zuzulassen[21]). Hiezu bedarf es keiner Restitution, und es handelt sich nicht von einer Reszission des Urtheiles, sondern von Aufhebung der daraus erwachsenen Ansprüche. An eine Restitutionsfrist sind dergleichen Einreden nicht gebun-

17) Hat z. B. der Schuldner alsbald nach Verkündung der zu vollstreckenden Sentenz Kunde von der fraglichen Einrede erhalten, so darf er mit dem Restitutionsgesuche auf das gegnerische Anrufen um Exekution, wenn sich dieses über die Restitutionsfrist verzögern sollte, nicht warten, sondern muß die Frist einhalten.

18) Insbesondere über den Noveneid.

19) Z. B. durch Zahlung, Gegenforderungserwerb, Novation welche erst nach dem Urtheile stattgefunden haben. Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. XXI S. 76.

20) Z. B. der Schuldner soll nur gegen Verabfolgung einer Sache Zahlung leisten und findet, daß der Gläubiger die Sache nicht unversehrt verabfolgen kann.

21) Die Richtigkeit dieses Satzes und dessen praktische Anerkennung ist nachgewiesen in den Bl. f. RA. Bd. II S. 173 f. und Bd. VIII S. 237. Vgl. OAGE. in Nr. 784 $^{39}/_{10}$. Ein Argument dafür liefert auch der §. 197 der Nov. v. 1837.

den, wohl aber an die oben unter I bezeichnete 14 tägige Frist, soferne sie nicht erst später zum Dasein gelangten. Unter Voraussetzung ihrer späteren Entstehung sind sie noch bis zur Beendigung der Exekutionsinstanz zuzulassen. Auf Vorbringen solcher Einreden tritt das oben S. 340—1 angegebene Verfahren ein. Der Schuldner muß in der Verhandlungstagfahrt, wenn der Gläubiger den faktischen Grund der Einrede nicht einräumt, sofort urkundlichen Beweis darüber beibringen [22]). Geschieht dies nicht, so wird mit der Exekution fortgefahren. Es versteht sich jedoch von selbst, daß diese wegfällt, wenn noch vor Beendigung des Verfahrens die wirkliche Leistung Dessen, was durch die Exekution erzwungen werden soll, nachgewiesen wird [23]).

3) In denjenigen Fällen des Exekutionsverfahrens, zu welchen die Einleitung ohne vorhergegangenen Prozeß und rechtskräftiges Urtheil stattfindet [24]), hat überhaupt keine Präklusion von Einreden stattgefunden; es sind daher auch materielle Einreden [25]), wenn nur urkundlicher Beweis darüber schleunig beigebracht wird [26]), für zulässig zu achten.

4) Bei der Hülfsvollstreckung aus einer exekutorischen

22) Vgl. Komment. Bd. II S. 77. Wie in dem dortselbst besprochenen Verfahren werden auch hier die Einreden verworfen und ad separatum verwiesen, wenn sie auf Privaturkunden sich stützen, rücksichtlich welcher eine die Rekognition ablehnende Erklärung erfolgte, soferne nicht der Aechtheitsbeweis sofort durch anderweite Dokumente geführt wird.

23) Vgl. §. 107 der Nov. v. 1837.

24) S. oben §. 1 S. 272.

25) S. jedoch in Bezug auf Vergleiche oben S. 242 Nr. 6.

26) Vgl. Bd. II S. 77 und Bl. f. RA. Bd. X S. 86.

Urkunde gelten nach Art. 10 Nr. 2—5 des betr. Gesetzes vom 1. Juli 1856 folgende Bestimmungen.

a) Der Verpflichtete ist nur mit solchen Einreden zu hören, welche den Gerichtsstand, die Statthaftigkeit und Regelmäßigkeit des eingeleiteten Verfahrens oder die Gültigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäftes beziehungsweise der Beurkundung betreffen, oder welche erst nach der Beurkundung durch neuerlich eingetretene Thatsachen zum Dasein gelangt sind, und zwar, wenn ihn hiebei der Beweis trifft, nur, insoferne er diesen auf der Stelle liefert. Mit allen anderen Einreden, er mag sie zur Zeit der Beurkundung schon gekannt oder erst später erfahren haben, ist er zur gesonderten Austragung zu verweisen.

b) Den Beweis seiner Einreden kann der Verpflichtete nur durch Urkunden führen. Wird eine Privaturkunde von dem Berechtigten nicht anerkannt, so kann der Beweis ihrer Aechtheit nur durch Abverlangung des Diffessionseides geführt werden.

c) Die Einrede des nicht empfangenen Geldes findet in diesem Verfahren nicht Statt.

IV.

Ob und wie weit die Exekution

1) durch Intervention gehemmt werden könne, ist in Bd. II S. 427 ff. erörtert worden[27]). Daß durch die Vorschrift der GO. Kap. VIII §. 4 Nr. 4, nach welcher

27) Daselbst wurde gelehrt: „Wenn zum Zwecke der Auspfändung Sachen des Schuldners der Beschlagnahme unterworfen, und nun solche, oder einzelne derselben, von einem Dritten als sein Eigenthum, oder als Gegenstand seines Pfandrechtes oder Nießbrauches reklamirt werden, so reicht es zur Hemmung der Exekution, d. h. der Zwangsveräußerung hin, daß der Intervenient sein Interesse bescheinigt.“ Hierüber vgl. fr. 15 §. 4 de re judicata (42,1). Durch

die Hemmung der Exekution durch auf der Stelle zu liefernden Beweis resp. Bescheinigung des Interventionsrechtes bedingt ist, der summarische Zeugenbeweis[28]) nicht ausgeschlossen werde, hat v. Gutermann in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 257 dargethan.

Nachdem in einer Exekutionssache einmal die Auspfändung von Mobilien geschehen, oder die Vergantung von Immobilien verfügt, oder eine Forderung des Schuldners dem Exekutionssucher durch Beauftragung des Zahlungspflichtigen (s. oben §. 3, IV) zugewiesen worden, kann (von Hypothekberechtigten abgesehen) die Intervention eines anderen Gläubigers die Befriedigung des erwähnten Exekutionssuchers aus dem Erlöse der in Frage befindlichen Sache resp. aus der zugewiesenen Forderung nicht mehr

den Ausspruch, daß die Exekution einzustellen, wird über das Rechtsverhältniß zwischen Schuldner und Intervenienten noch nicht entschieden. Will sich der Gläubiger bei der Einstellung der Exekution, weil es etwa an anderen Vollstreckungsmitteln gebricht, nicht beruhigen, so kann ihn die Anerkennung der Ansprüche des Intervenienten von Seite des Schuldners nicht hindern, statt des Schuldners die Bestreitung dieser Ansprüche, d. h. in der Interventionssache die Rolle des Beklagten zu übernehmen. — Wenn übrigens die Intervention auf dem Grunde eines Pfandrechtes oder Nießbrauches geschieht, so wird dadurch die von einem anderen Gläubiger beantragte Zwangsveräußerung nur insoferne gehemmt, als es zur Wahrung der bezeichneten dinglichen Rechte erforderlich ist. Wenn etwa die fragliche Sache für eine eventuelle Schuld von unbestimmtem Betrage z. B. aus einer fortlaufenden Amtsverwaltung haftet, so kann der Berechtigte verlangen, daß die Veräußerung nur mit Fortdauer der darauf liegenden Haftung oder gegen Verschaffung anderer Sicherheit geschehe. Hyp.-Ges. §. 81.

28) Mit dem Interventionsgesuche ist sofort die Zeugenbenennung zu verbinden.

schmälern. S. jedoch oben S. 279 in der Note 15 und unten Kap. XIX Einleitung und §. 3.

Von der Appellation und Revision im Exekutionsverfahren s. oben S. 30—34, 66, 88—90, 120, 161. Ueber diesen Gegenstand ist noch zu bemerken:

a) Die Bescheide, durch welche Exekutions-Einreden verworfen werden, sind deßwegen nicht als inappellable Zwischenbescheide zu betrachten, weil sie den Ausspruch enthalten, daß der Einreden ungeachtet die Exekution vor sich gehen soll.

b) Das Zuschlagsdekret (Adjudikationsbescheid) und die richterliche Verfügung der Exmission lassen zwar Appellation zu [29]); aber die Räumung des adjudizirten Gutes kann durch kein Rechtsmittel aufgehalten werden [30]).

c) Vorzüglich in der Exekutionsinstanz kommt es zuweilen vor, daß ein richterliches Dekret mit Verfügungen, gegen welche der eine Theil selbstständig appelliren kann, andere verbindet, welche den Gegentheil beschweren, aber selbstständige Berufung nicht zulassen [31]). Wenn nun jener das Rechtsmittel wirklich ergreift, so kann dieser die ihm

29) Verhandl. der Kammer der Abg. Bd. X S. 418, 422; Bl f. RA. Bd. VI S. 120, 318. Nicht minder die richterlichen Entscheidungen über die in §. 107 der Novelle von 1837 dem Schuldner eingeräumte Befugniß.

30) Mit der Exmission des Schuldners erfolgt natürlich die Immission des Käufers. Schwebt darüber noch ein Rechtsmittel, so muß, etwa durch Eintragung einer Dispositionsbeschränkung, Sorge getragen werden, daß nicht der Käufer vor erledigter Appellation weitere Verfügung über die Sache treffe. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XII S. 384.

31) Eine Besonderheit der Exekutionsinstanz ist es, daß die Berufungsfrist gerade so viel beträgt, als die Verwahrungsfrist. Im Hinblicke auf §. 53 Nr. 4 der Novelle von 1837 wird der vorsichtige Anwalt im Zweifel die Form der Be-

zugefügte Beschwerde im Wege der Adhäsion geltend machen. Bl. f. RA. Bd. X S. 230—32.

d) Die Vorschrift, daß Zinsen, Kosten, Schäden, Früchte — als Nebensache zu- oder aberkannt, für die Berechnung der Berufungssumme nicht in Anschlag kommen (s. oben S. 43 ff.), gilt auch für die Exekutionsinstanz, mag gleich das rechtskräftige Urtheil die Summe des an Haupt- und Nebensache Gebührenden als eine einzige aussprechen [32]). Wenn jedoch später der Anspruch auf diese Gesammtsumme in einem neuen Prozesse ex re judicata geltend gemacht wird, so findet die Ausscheidung nicht mehr Statt [33]), indem der ursprüngliche Gegensatz zwischen Haupt- und Nebensache bei dem neuen Forderungsgrunde nicht obwaltet.

e) In dem Exekutionsverfahren, welches nach §. 52 des Hyp.-Ges. zur Beitreibung der in den zwei letzten Jahren verfallenen Hypothek-Zinsen stattfindet, wird durch das Rechtsmittel der Appellation [34]) selbst die Subhastation nicht aufgehalten, indem in diesem Verfahren dem

rufung wählen, deren Wirkung aber, wo der Suspensiveffekt wegfällt, von dem der Verwahrung nicht wesentlich verschieden ist.

32) Vgl. Kreittmayr in den Anmerk. lit. a.: „Jure hodierno greift keine neue Action, oder Prozeß in executione mehr Platz."

33) Gleiches gilt, wenn eine durch Vergleich festgestellte Gesammtsumme gefordert wird. — Daß die Ausscheidung nicht stattfinde, hat das OAG. (Nr. 404$^{11}/_{45}$) auch für den Fall angenommen, wenn ein ursprünglich aus Kapital und Zinsen bestehender Gesammtbetrag Gegenstand einer Nullitätsklage ist.

34) Auf welches die Bestimmungen des §. 108 der Nov. in Bezug auf Nothfrist und Revisionszulässigkeit anwendbar sind. Vgl. OAGE. in Nr. 521$^{11}/_{42}$, 364$^{11}/_{45}$ und 577$^{11}/_{45}$.

Gläubiger die Berichtigung der fraglichen Zinsen ohne allen Aufenthalt verschafft werden soll[35]).

f) Unter dem 13. März 1845 ist ein Plenarbeschluß des OAG. (Rgb. S. 203) dahin ergangen: „Berufungen gegen Erkenntnisse über Prinzipal-Interventionen, bezüglich welcher der Hauptprozeß im Exekutionsverfahren schwebt, sind an die im §. 64 Abs. 4 Nr. 1 und §. 108 Abs. 1 des Gesetzes vom 17. Nov. 1837 vorgeschriebene 14tägige Berufungsfrist nur insoweit gebunden, als die Beschwerden die Exekution betreffen. S. oben S. 90.

g) Das Exekutionsverfahren gibt häufig zu Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, des Depositenamtes, des Notariates oder Hypothekenamtes Anlaß. Wird gegen einen Beschluß, welchen das Gericht aus Anlaß einer im Exekutionsverfahren ergangenen Verfügung in seiner Eigenschaft als Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit gefaßt hat, Beschwerde erhoben, so ist diese nach den Grundsätzen von der Extrajudizialappellation zu beurtheilen, indem man nicht sagen kann, daß ein solcher Beschluß im „Exekutionsverfahren" ergangen sei. Mit dem Beschluße des Notariates u. d. g. ist aber die richterliche Verfügung nicht zu verwechseln, durch welche das Notariatsgeschäft veranlaßt wurde. Auch darf das Exekutionsverfahren durch Extrajudizial-Appellationen der bezeichneten Art nicht aufgehalten werden. S. oben S. 72 ff.

35) Vgl. Justiz-Minist.-Reskript vom 16. Aug. 1835. — Im Hinblicke auf die Worte des §. 52: „Diese (die Exekution) kann in keinem Falle aufgehalten werden; dem Schuldner bleibt jedoch, nach geschehener Zahlung die Rechtsverfolgung vorbehalten," hat das OAG. in mehreren Entscheidungen angenommen, daß jede Appellation hier ausgeschlossen,

3) Ueber die Hemmung der Exekution durch Nachsuchung der Restitution gegen das zu vollstreckende Urtheil s. oben S. 199 ff.

In der GO. Kap. XVIII §. 5 Nr. 11 ist verordnet, daß restitutio in integrum gegen die Adjudikation nicht stattfinde[36]), und in den Anmerkungen bemerkt Kreittmayr, daß sogar Minderjährige von dem beneficio restitutionis in integrum contra hastam ausgeschlossen sind.

Im Uebrigen können Restitutionen gegen Versäumnisse von Fristen und Termine auch im Exekutionsverfahren vorkommen[37]).

4) Ueber den Einfluß, welchen eine Nullitätsklage gegen die zu vollstreckende Sentenz auf das Exekutionsverfahren äußert, s. oben S. 224. Gegen unmotivirte Abkürzungen des Verfahrens oder bloße Fristbeschränkungen und sonstige Unförmlichkeiten[38]), welche im Laufe des Exekutionsverfahrens vorkommen, hat man durch rechtzeitige Verwahrung resp. Berufung, oder durch Remonstration nach den allgemeinen Regeln Hülfe zu suchen. Dagegen gilt was in der GO. XVI §. 2 von den Wirkungen eines Mangels der Citation oder Jurisdiktion verordnet ist, im Exekutionsverfahren nur unter wesentlicher Beschränkung.

und dem Schuldner nur die gesonderte Rechtsverfolgung vorbehalten sei. Vgl. OAGE. in Nr. $419^{33}/_{31}$ und $515^{11}/_{42}$.

36) Auch nicht die Reszission wegen enormer Verletzung.

37) In einem Ansbacher AGE. vom 7. Jänner 1831 (Nr. $725^{29}/_{30}$) wurde angenommen, daß gegen die Versäumniß der zur Geltendmachung des Einlösungsrechtes der Hypothek-Gläubiger in §. 64 des HG. festgesetzten Frist Restitution nicht stattfinde. Allerdings kann eine schon geschehene Adjudikation durch eine solche Restitution nicht rückgängig gemacht werden.

38) Z. B. in Betreff der Vorschriften der §§. 74—81, §. 84—91, §. 96—101 der Nov. v. 1837.

Nicht blos die Berufung, sondern jede Beschwerde gegen richterliches Vorschreiten im Exekutionsverfahren ist an die Nothfrist von 14 Tagen gebunden[39]. Durch diese Vorschrift[40]) ist die Anwendung des Satzes, daß Sentenzen wegen Mangels der Citation und Jurisdiktion unheilbar nichtig sind und niemals in rem judicatam erwachsen, für Entscheidungen im Exekutionsverfahren ausgeschlossen[41]).

39) §. 108 der Nov. v. 1837. Die 14 Tage laufen von Zustellung oder auch, wenn diese im tumultuarischen Verfahren unterblieben ist, — von Zeit des Vollzuges der Verfügung z. B. der Auspfändung. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XI S. 257.

40) Welche so ihrem Wortlaute als der Natur des Exekutionsverfahrens nach, insbesondere wegen der diesem eigenthümlichen, faktischen Veränderungen, auch auf Nichtigkeitsbeschwerden paßt. Die Hauptsache der richterlichen Thätigkeit im Exekutionsverfahren besteht nicht in Dekreten, sondern in faktischen Einschreitungen, in Auspfändung, Subhastation, Ex- und Immission, welche den Beschlüssen auf dem Fuße folgen. Offenbar paßt hier eine Bestimmung nicht, nach welcher die nichtige Sentenz niemals ad executionem gebracht werden, und 30 Jahre lang der Anfechtung unterliegen soll.

41) Man könnte es als eine arge Anomalie ansehen, daß richterliche Verfügungen auch bei mangelnder Jurisdiktion durch den Ablauf der 14tägigen Frist rechtskräftig werden sollen. Allein dies ist nichts Besonderes. Wird einer Klage die Einrede der mangelnden Jurisdiktion entgegengesetzt, und diese Einrede vom Richter verworfen, so kann dagegen appellirt werden (§. 52 Nr. 2 der Nov. v 1837). Wird die Berufungsfrist versäumt, so geht der Ausspruch in Rechtskraft über, und eine Anfechtung wegen Nichtigkeit findet nicht mehr Statt. S. oben S. 215. Vgl. jedoch Bl. f. RA. Bd. XV S. 95, woselbst ausgeführt ist, daß eine Ausnahme für den Fall Statt hat, wenn nicht bloß das Exekutionsverfahren, sondern auch das demselben zu Grunde

Was aber den anderen Satz betrifft, daß im Falle Mangels der Citation oder Jurisdiktion nicht auf das Dasein der Berufungssumme gesehen wird, so läßt sich nicht annehmen, daß seine Anwendung im Exekutionsverfahren wegfalle. Die Regel, daß die Erfordernisse der Appellation auch für Richtigkeitsbeschwerden gelten, ist in der GO. XVI §. 2 Nr. 4 nur für diejenigen Nullitäten vorgeschrieben, welche nicht aus Mangel der Citation oder Jurisdiktion herrühren; in Ansehung des Erfordernisses einer Beschwerdesumme ist durch die Natur des Exekutionsverfahrens eine Abweichung von Dem, was für Beschwerdeführungen aus der Zeit vor dem rechtskräftigen Urtheile gilt, keineswegs motivirt; die neueste Gesetzgebung hat den Berufungen alle sonstigen Beschwerden im Exekutionsverfahren nur in Ansehung der Nothfrist gleichgestellt. Demzufolge erscheint die Ansicht als gerechtfertigt, daß auch im Exekutionsverfahren wegen Mangels der Jurisdiktion und in Fällen, in denen Vornahme von Vollstreckungshandlungen (Auspfändung, Immission, Versteigerung, Adjudikation, Exmission) ohne vorhergegangene Vernehmung resp. Beiladung des Schuldners, in so weit sie gesetzlich vorgeschrieben, stattgefunden haben soll [42]), die Beschwerdeführungen [43]) ohne Rücksicht auf eine Beschwerde-

liegende Erkenntniß in der Hauptsache angefochten wird und wenn ein Hauptintervenient mit einer Nullitätsbeschwerde auftritt. Ebd. S. 107. Vgl. auch ebd. Bd. XX S. 282.

42) Nichtbeobachtung der Vorschriften in Betreff der Schätzung ist minder wesentlich. Dagegen ist Verwahrung und Berufung zu brauchen.

43) D. h. an das nächste Obergericht. Für Berufungen gegen den Ausspruch des Obergerichtes gilt hier nichts Besonderes. Vgl. S. 34.

summe zugelassen werden[44]). In Ansehung des Suspensiveffektes gilt hier Dasselbe, was für Berufungen vorgeschrieben ist.

Gegen Beschlüsse, welche auf einseitigen Antrag des Gläubigers ergingen, steht dem Schuldner auch im Exekutionsverfahren das Recht der Remonstration bei demselben Richter zu[45]). Gegen den Inhäsivbescheid, welcher auf die Remonstration erlassen wird, findet nicht mehr Nichtigkeitsbeschwerde wegen Mangels rechtlichen Gehöres, sondern nur Berufung Statt. Vgl. oben S. 12 lit. f.

§. 9.

Von den Hülfsmitteln der Schuldner in der Exekution.

„Die rechtlichen Hülfsmittel, womit man verunglückten und erbarmungswürdigen Schuldnern auf den Fall, „wenn sie zu bezahlen nicht im Stande sind, beizustehen „pflegt, bestehen nach Gestalt der Umstände in dem beneficio competentiae, dationis in solutum, moratorii, in „Fristen und Nachlässen, dann in der sogenannten cessione bonorum."

Voraussetzung dieser Rechtswohlthaten ist eine unverschuldete Vermögenszerrüttung. Der Schuldner, welcher auf eine derselben Anspruch macht, hat das Dasein dieser Voraussetzung, durch Darlegung und Glaubhaftmachung[1]) der erlittenen Verluste, zu erproben. Das Mißglücken gewagter Unternehmungen mit fremdem Gelde ist wohl in

44) Der Zulassung einer solchen an eine Nothfrist v. 14 Tagen gebundenen Beschwerde steht nicht entgegen, was in der GO. XVIII §. 7 Nr. 11. von Annullirung der Adjudikationsbescheide verordnet ist.

45) §. 55 der Nov. von 1837. Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 343, Bd. X S. 14.

1) S. Bd. III S. 17 insbes. Note 3.

der Regel dem verschuldeten Unglücke beizuzählen. Anders kann sich die Sache darstellen, wenn das Mißglücken durch das Eintreten von Umständen veranlaßt wurde, welche außer der Berechnung, auch eines vorsichtigen Geschäftsmannes, gelegen waren. Verschulden ist es auch, sich in Geschäfte einzulassen, die man nicht versteht. Die allgemeinen Grundsätze vom Verschulden kommen hier zur Anwendung. Nicht blos grobes Verschulden macht der Rechtswohlthaten unwürdig. Wer mit fremdem Gelde wirthschaftet, muß jedenfalls die Umsicht, den Fleiß, die Sparsamkeit des guten Hausvaters bethätigen.

Die Gesetzesworte „wenn sie zu bezahlen nicht im Stande sind" — sind nicht so zu verstehen, als ob wirkliche Ueberschuldung eine Vorbedingung dieser Rechtswohlthaten wäre, und diese daher versagt werden müßten, wenn durch die Vergantung vollständige Befriedigung aller Gläubiger erzielt werden könnte. Die fraglichen Gesetzesworte wollen vielmehr nur so viel sagen: wenn sie — ohne gänzlichen Ruin, ohne Vertreibung von Haus und Hof, ohne völlige Vergantung und Kredit-Vernichtung nicht zahlen können. — Die hier zu erörternden Rechtswohlthaten sind großentheils gerade für solche Gemeinschuldner bestimmt, welche ein zukünftig besseres Glück hoffen lassen; diese Hoffnung hat natürlich noch einen festeren Grund, wenn das Aktivvermögen von der Schuldenmasse nicht überstiegen ist.

§. 10.

Von dem beneficio competentiae[1]).

Beneficium competentiae heißt die Rechtswohlthat, Kraft deren „der Schuldner nicht auf das gesammte

1) Thibaut civil. Abhandl. Nr. 16 S. 345—58; v. Schrö-

Vermögen exequirt[2]), sondern ihm zu seiner Lebensnothdurft und Alimentation Etwas übrig gelassen werden soll."

Hierüber gelten folgende Grundsätze:

1) die bezeichnete Rechtswohlthat wird

a) durch das persönliche Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner begründet, indem sie leiblichen Kindern und Eltern[3]), Geschwistern, Eheleuten[4]), und Verschwägerten sowohl in auf- als absteigender und in der Seitenlinie des ersten Grades zusteht.

b) Wegen Beschaffenheit des Obligationsverhältnisses, aus welchem geklagt wird, gebührt das benef. compet. Gesellschaftern[5]) und allen Jenen, welche aus einer Schenkung belangt werden.

ter in der Tübinger krit. Zeitschrift Bd. IV S. 76— 80; Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. I S. 877 f.; Franke im Arch. für die civilist. Prax. Bd. XXIII S. 387 f.; Sintenis in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proc. Bd. XV S. 311 ff.; Seuffert's Archiv Bd. I S. 437, Bd. II S. 315.

2) Nach gemeinem Rechte erscheint die Rechtswohlthat als eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers, mit der Wirkung, daß die Verurtheilung nur in id, quod facere potest, geschieht. Hiebei ist aber zu bemerken, daß auch die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheiles mit der „actio judicati" gefordert wurde.

3) Es ist kein Unterschied zwischen ehelichen und außerehelichen gemacht.

4) Auch nach getrennter Ehe. Kreittmayr verweist auf fr. 20 de re judicata (42, 1), in welchem das benef. competentiae insbesondere für die dolis actio eingeräumt wird, deren Anstellung gemeinhin in die Zeit nach Trennung des Ehebandes fällt. Vgl. Feust in den Bl. f. RA. Bd. II S. 389, Bd. XII S. 401.

5) Ohne Unterschied der allgemeinen und partikulären Gesellschaft. Kreittmayr in der Anmerk lit. e. Jedoch gilt

c) Aus Rücksicht auf die Eigenschaft des Schuldners [6]) räumt die GO. das benef. compet. „denen von „Adel, oder sonst in großen Würden stehenden Personen, „nicht minder approbirten Gemeinden und formirten cor„poribus" ein.

Was die Adeligen und sonst in großen Würden stehenden Personen betrifft, so besteht eine Streifrage darüber, ob denselben die fragliche Rechtswohlthat auch noch heutzutage allgemein, oder nur — zufolge §. 53 der 8. Beil. zur VU. — in Ansehung der Früchte von Familienfideikommissen zukomme. Die Ansicht, daß sie denselben — abgesehen von diesem besonderen Falle — nach den Vorschriften der Verfassungsurkunde nicht mehr zukomme, rechtfertigt sich durch folgende Erwägungen [7]).

Vorzugsrechte bestimmter Klassen von Personen stehen zu dem gemeinen Rechte Aller in dem Verhältnisse der Ausnahme zur Regel.

die Begünstigung nur für die Klagen aus der Gesellschaft. §. 38 Inst. de act. (4, 6).

6) Ueber die Geistlichen s. oben §. 4 Nr. 4. Abgesehen davon haben heutzutage Geistliche kein Vorrecht mehr in den gegen sie eingeleiteten Exekutionsprozeduren. Vgl. §. 63 der 2ten Beil. zur VU.

7) Für diese Ansicht haben sich ausgesprochen: J. M. v. Seuffert in den Verh. der Kammer der Abg. von 1822 Bd. III S. 166; (Hoffmann) in der Schrift: „das gerichtliche Exekutionsverfahren in seiner jetzigen Ausbildung zum praktischen Gebrauch" (Nürnberg 1830) §. 56; (Gründler) in den Jahrbüchern für die bayerische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Staatsverwaltung Bd. I S. 50 f. — Dagegen das OAG. in einem Erkenntnisse vom 10. Juli 1830 (bei B. Duprel III S. 108—10); v. Wendt Handb. des bayer. Civilprozesses 2te Aufl. Bd. II S. 66; ein Ungenannter in v. Zurhein's Zeitschrift Bd. II S. 213 f.;

Wenn das Gesetz eine Regel aufstellt, und gewisse Ausnahmen beifügt, so ist damit die Regel für alle übrigen in den ausgedrückten Ausnahmen nicht begriffenen Anwendungsfälle bekräftigt, und jede sonstige Ausnahme ausgeschlossen, beziehungsweise, wenn sie in der früheren Gesetzgebung begründet war, nunmehr aufgehoben [8]). Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.

Die Verfassungsurkunde stellt als Regel Gleichheit der Rechte aller Bayern auf, und bestimmt sofort — in Tit. V und den dazu gehörigen Edikten IV bis IX — die Ausnahmen von dieser Regel, welche für gewisse bevorzugte Stände gelten sollen. Unter diesen Ausnahmen ist das benef. compet. der Adeligen und anderen in hohen Würden stehenden Personen in der Allgemeinheit, wie solches in der Gerichtsordnung vorkommt, nicht enthalten; also ist anzunehmen, daß die Verfassungsurkunde diese früher bestandene Ausnahme von der Regel der Gleichheit der Rechte aufgehoben habe [9]).

v. Stürzer in den Verhandlungen der K. d. A. von 1837 Bd. X S. 381 f.

8) Thibaut Hermeneutik §. 16: „Wenn nur gewisse Ausnahmen zugelassen werden, so gilt für alle übrigen Fälle das Gegentheil des für die Ausnahmen aufgestellten Grundsatzes.“ Vgl. Kreittmayr in den Anmerk. zum B. LR. Th. V Kap. 19 §. 47 lit. f.

9) In der VU. (Tit. IV §. 4) sind die Vorzugsrechte des Adels mit den Eingangsworten aufgezählt: „Uebrigens hat derselbe folgende Vorzüge zu genießen.“ Vgl. Thibaut Hermeneutik §. 16: „Wenn der Gesetzgeber irgendwo überhaupt von einer Sache redet, und hiebei nur das Eine erwähnt oder ausschließt, ohne das andere auch zu erwähnen oder auszuschließen, alsdann ist in jenem Falle das nicht Erwähnte als ausgeschlossen, und in diesem Falle das nicht Ausgeschlossene als zugelassen zu betrachten.“

Bei Entwerfung der Verfassungsurkunde und ihrer Beilagen war man der fraglichen Rechtsbegünstigung, wie aus §. 53 der 7. Beil. erhellt, wohl eingedenk; aber eben weil dieselbe nicht in ihrer Allgemeinheit fortbestehen, sondern ferner nur in Ansehung der Früchte von Familienfideikommissen gelten sollte, wird sie nicht in der 5., sondern nur in der 7. Beilage erwähnt. Die Erwähnung in der 7. Beil. verstärkt das Argument, welches durch die Nichterwähnung in Tit. IV §. 4 der VU. und in der 5. Beil. begründet wird. Da die Regel des Rechtes, nach welcher man seine Schulden ohne Rücksicht auf Sicherung seines Lebensunterhaltes bezahlen muß, für die Adeligen in der konstitutionellen Gesetzgebung nur in Ansehung der Früchte eines Familienfideikommisses ausgeschlossen ist, so folgt, daß diese Gesetzgebung eine Befreiung von jener Regel wegen der Adels-Eigenschaft des Schuldners für andere Fälle nicht gelten lassen will [10]).

10) Vgl. die vorige Note. Pözl Lehrb. des bayer. Verfassungsrechtes 2te Aufl. S. 104. — Alle für die gegentheilige Ansicht angeführten Gründe erscheinen bei näherer Prüfung als unhaltbar. 1) Man sagt: Die VU. und die Beilage V haben nur die Vorzüge, die der Adel in staatsrechtlicher Hinsicht haben soll, festgesetzt, aus dem Schweigen über ein privatrechtliches Vorzugsrecht kann daher dessen Aufhebung nicht gefolgert werden. — Aber jener Vordersatz ist offenbar falsch; die gutsherrlichen Verhältnisse, der befreite Gerichtsstand, die Rechte der Siegelmäßigkeit, die Familienfideikommisse gehören, wie das benef. compet., dem Privat- oder Prozeßrechte an; gleichwohl sind die darüber geltenden Normen in der VU. und ihren Beilagen festgesetzt. 2) Der Satz: lex posterior generalis non derogat speciali priori paßt hier nicht. Der Sinn desselben ist (Savigny RR Bd. 1 S. 265): „Wenn neben der ältern Regel „eine Ausnahme derselben bestand, so ist die Aufhebung der „Regel nicht nothwendig auch auf diese Ausnahme mit zu

2) Zufolge dieser Rechtswohlthat soll dem Schuldner „zu seiner Lebensnothdurft und Alimentation Etwas übrig gelassen werden.“ Die allgemeinen Grundsätze von der Verbindlichkeit zur Alimentation sind hier

„beziehen: vielmehr besteht die Ausnahme auch neben der „neuern Regel fort, wenn sie nicht noch besonders aufgehoben ist.“ Die VU. hat aber in den hier einschlagenden Bestimmungen keine Regel des älteren Rechtes aufgehoben, sondern nur ausgesprochen, was schon früher galt, nämlich, daß Gleichheit der Rechte die Regel (jus commune) und jedes Vorzugsrecht (jus singulare) eine Ausnahme bilde. Mühlenbruch PR. §. 49. Zudem stehen die Vorschriften der VU. und des 5ten Ediktes zu der fraglichen Stelle der GO. keineswegs im Verhältnisse einer neueren lex generalis zu einer früheren lex specialis; denn die konstitutionelle Gesetzgebung zählt die Vorzugsrechte, welche der Adel zu genießen hat, einzeln auf, und hat daher offenbar die Eigenschaft einer lex specialis. — Was in dem bayer. LR. Th. I Kap. 1 §. 12 von der Nichtaufhebung „eines Particular Statutum oder Privilegium“ durch ein späteres „Generalgesetz“ verordnet ist, kann hier deßwegen keine Anwendung finden, weil die einschlagende Vorschrift der GO. weder die Natur eines „Particular Statutum“ (LR. Th. I Kap. 2 §. 13), noch die eines eigentlichen Privilegiums (LR. a. a. O. §. 16) hat. — (Aus der Zusammenstellung mit Partikularstatut und Gewohnheit erhellt, daß hier ein Privilegium im Sinne des Kap. 2 §. 16, nicht in demjenigen gemeint sei, in welchem das Wort als gleichbedeutend mit beneficium (Rechtswohlthat) gebraucht wird).— 3) Unerheblich ist offenbar die Vorschrift des §. 38 der Prozeßnovelle von 1819, nach welcher es in allen durch dieses Gesetz nicht abgeänderten Punkten bei der Gerichtsordnung und den bestehenden Verordnungen verbleiben sollte. Denn zu den bestehenden Verordnungen gehören auch die Vorschriften der VU. und ihrer Beilagen; indem hier „Verordnung“ zweifellos als gleichbedeutend mit „Gesetzesvor-

zu berücksichtigen. Der Schuldner kann verlangen, daß ihm zu seiner Alimentation „Etwas" gelassen werde, Belassung guten Auskommens ist hier nicht gemeint. Ist der Schuldner gesund und in der Art erwerbsfähig, daß er durch einträgliche Beschäftigung für seine und seiner Angehörigen Lebensnothdurft sorgen kann, oder hat er andere Einkünfte z. B. als Staatsdiener, so findet die Bewilligung der Rechtswohlthat nicht, oder nur in beschränk=

schrift gebraucht ist." — 4) Man wendet ein: Mit konsequenter Durchführung des aufgestellten Grundsatzes käme man zu der Folgerung, daß durch die VU. auch alle Vorzugsrechte der Minderjährigen, Stiftungen und Gemeinden, ferner die besonderen Rechte der Staatsdiener auf Beschränkung der Exekution hinsichtlich der Besoldungen aufgehoben seien. — Allein auch diese Einwendung ist grundlos. Die verfassungsmäßige Regel hat es nur mit der Gleichheit der Rechte der im Staate bestehenden verschiedenen Stände und mit den Vorzugsrechten, welche die Standeseigenschaft ausnahmsweise mit sich bringen soll, zu thun. Die Rechtsverschiedenheiten, welche an die natürliche Verschiedenheit der Personen geknüpft sind, lagen ganz außer dem Gesichtspunkte der konstitutionellen Gesetzgebung. — Die Beschränkungen der Exekution hinsichtlich der Besoldungen und Pensionen sind im Interesse des Staates, zur Aufrechthaltung des Dienstes und der Würde des öffentlichen Amtes verordnet, sie sind kein beneficium; auf Rechtswohlthaten kann man verzichten, das festgesetzte Maß der Exekution in Ansehung der Besoldungen u. s. w. darf aber selbst mit Einwilligung des Schuldners nicht überschritten werden. — Wenn v. Wendt noch ferner bemerkt: Die Vorzugsrechte der Hof= und Stiftsfähigkeit, obwohl in der VU. nicht erwähnt, seien nicht aufgehoben, so diene zur Erwiderung: Es gibt kein Recht der Hoffähigkeit, kein auch in den höchsten Würden Stehender hat ein Recht, bei Hofe zugelassen zu werden, und auch der Geringste kann, wenn es dem

terem Maaße, soweit ein Zuschuß nöthig, Statt [11]). Je kleiner sich die nach Abzug der Kompetenz übrig bleibende

Monarchen beliebt, zur Theilnahme an Hofgesellschaften gelangen. Stiftsfähigkeit existirt nicht mehr als gesetzliches Vorrecht, sondern kann nur nach den Statuten gewisser Korporationen eine privatrechtliche Bedeutung haben. 5) Zur Rechtfertigung der Ansicht, daß die Nichterwähnung einiger gerichtsordnungsmäßigen Vorrechte der Adeligen in der VU. und dem 5ten Edikte — als faktische Aufhebung nicht gedeutet werden könne, wird noch auf den §. 103 der Prozeßnovelle von 1837 Bezug genommen. In den Worten „das Einstandsrecht der Adeligen . . . . . findet in Zukunft nicht mehr statt" soll gesetzlich anerkannt sein, daß die Aufhebung nicht schon durch das Stillschweigen der VU. erfolgt sei. (Auer das Stadtrecht von München S. XCIII der Einleitung in der Note 4). Allein die Fassung des §. 103 rechtfertigt höchstens die Annahme, daß man es als zweifelhaft und kontrovers angesehen, ob die Aufhebung nicht schon durch die Verfassung erfolgt sei. Wirklich hat der Abg. Fhr. von Freyberg (Verh. Bd. X S. 377) die Frage als eine zweifelhafte ausdrücklich bezeichnet, Regierung und Stände waren darüber einig, daß in Zukunft das fragliche Einstandsrecht nicht mehr stattfinden solle: festzustellen, ob die Aufhebung nicht schon im J. 1818 eingetreten sei, lag außer der Sphäre der Berathung. Dazu kommt noch, daß authentische Erläuterungen der VU. von der Regierung immer als Zusätze zu derselben angesehen, und unter die Vorschriften des Tit. X §. 7 der V. U., welche bei dem §. 103 der Prozeßnovelle von 1837 nicht beobachtet wurden, subsumirt worden sind.

11) B. Schmid ad statut. bavar. Tit. 17 art. 7 Nr. 5; v. Stürzer CSB. S. 882. Wenn eine und dieselbe Person das benef. comp. aus verschiedenen Rechtsgründen ansprechen kann, so kann um deßwillen ein höheres Kompetenz-Quantum nicht in Anspruch genommen werden. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 145.

Summe im Verhältnisse zu dem Schuldenbetrage darstellt, je dürftiger der Gläubiger selbst ist, desto geringer ist die Kompetenz festzusetzen. Im Uebrigen hängt das Quantum des zu bewilligenden Abzuges „lediglich von den Umständen und dem darnach einzurichtenden obrigkeitlichen Gutbefinden ab;" Stand, Alter und Vermögen des Schuldners sind zu berücksichtigen. Hat derselbe seine Unvermögenheit „einigermaßen" verschuldet, so motivirt dies eine Verringerung des ihm zu bewilligenden Betrages; trifft ihn in Bezug auf sein Schuldenwesen der Vorwurf schlechter Handlungen oder ausschweifender Verschwendung, so ist ihm gemäß der allgemeinen Regeln von Rechtswohlthaten wegen Unwürdigkeit das benef. competentiae ganz zu versagen[12]). Wegen der Qualität der Schuldforderung fällt die Rechtswohlthat weg, wenn ein absichtliches Vergehen die Schuld begründet hat. Ex doli clausula obligato non succurritur[13]). Noch stellt die Gerichtsordnung den allgemeinen Grundsatz auf: es solle dieses Vorzugsrecht nicht über die Gebühr ausgedehnt, sondern, soviel immer möglich ist, eingeschränkt, und dabei jederzeit mehr dem Gläubiger als dem Schuldner zum Besten gehandelt werden.

Ueber die Frage, ob bei Berechnung der „Lebensnothdurft" die übrigen Schulden des zu Exequirenden in Abzug zu bringen, schweigt die Gerichtsordnung. Nach gemeinem Rechte wird darauf nur in dem einen Falle Rücksicht genommen, wenn es sich von Bezahlung einer Schenkungsschuld handelt[14]). Bei der allgemeinen Gant versteht sich die Berücksichtigung von selbst, weil ja zur Bezahlung

12) Kreittmayr in der Anmerk. k.; Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 287.

13) Fr. 22 §. 1 de re judicata (42, 1).

14) Vgl. fr. 63 §. 3 pro soc. (17, 2), fr. 16, 19 pr. de re judic. (42, 1) mit fr. 19 §. 1, fr. 49, 50 eod. und fr. 54 solut. matrim. (24, 3).

der Schulden das ganze verfügbare Aktivvermögen zu Gerichtshanden genommen wird.

In der Anmerkung k bemerkt Kreittmayr: „Kirchen und Klöstern läßt man passiren, was sowohl der Gottesdienst, als die Alimentation der Geistlichen, resp. Kirchen- und Kloster-Bedienten in nöthiger Anzahl erfordert [15]); Städten und Märkten, was nicht nur auf die gewöhnlichen Gehalte, sondern auch auf Bestreitung der öffentlichen Gebäude und andre nöthige Ausgaben erläuft [16])."

3) Die Kompetenz, als zu belassender Unterhaltsbetrag, hat die Eigenschaft einer fortlaufenden Reichniß. Dem Schuldner sind fruchtbringende Besitzungen oder Kapitalien in solchem Ertrags-Maaße vorzubehalten, daß daraus das als Kompetenzquantum festgesetzte jährliche Einkommen erzielt werden kann. Sind Kapitalien und dienliche Grundbesitzungen nicht vorhanden, so kann aus Baarschaften, die etwa durch Versteigerung anderer Exekutionsobjekte verschafft wurden, ein Kapital zur Bestreitung der Kompetenz erst angelegt werden. Fehlt es an Mitteln, die Kompetenz in solcher Art aus Früchten oder Zinsen zu sichern, so kann zu deren Verschaffung auch die Verzehrung der Substanz eintreten [17]). — Wenn übrigens zur Sicherung der Subsistenz des Schuldners Vermögensstücke der Verwendung als Exekutionsobjekt entzogen werden, so ist damit den Gläubigern nicht abgeschnitten, auf Sicherheitsmaßregeln zu dringen, damit ihnen nicht durch unnöthige Verzehrung, durch Verschleppung oder Verschlechterung die Aussicht auf künftige Befriedigung vereitelt oder geschmälert werde.

15) Vgl. Bl. f. RA. VIII S. 144.

16) S. jedoch oben §. 3 Note 1 a. E.

17) Vgl. die kasuistischen Erörterungen in B. Schmid comment. ad statut. Bavar. tit. 13 Art. 7 Nr. 14 sequ.

4) In der allgemeinen Gant soll der Kompetenzbetrag allezeit nach protokollarischer Vernehmung der Gläubiger bestimmt, und der Schuldner vor dieser Bestimmung nicht aus dem Besitze seiner Güter gesetzt werden[18]; es sei denn, daß er selbst das Regulativ hindere oder verzögere, in welchem Falle man das Quantum provisorisch zu bestimmen, und sich mit der Exekution nicht aufhalten zu lassen hat. Ueberhaupt sind provisorische Sicherungsmaßregeln, wenn dazu Grund vorhanden, dadurch, daß die Kompetenz noch nicht regulirt, nicht ausgeschlossen.

Die Festsetzung der Kompetenz ist

5) auch außer der allgemeinen Gant, und auf den Fall, wenn die Immission in des Schuldners sämmtliches Vermögen verlangt wird, unter dem Vorwande der nöthigen Einsicht des status activi nicht lange zu verschieben, sondern bestmöglich zu beschleunigen, auch zu dem Ende

18) Dieser Satz bezieht sich auf Fälle, in welchen das benef. compet. seinen Grund in einer gegen alle Gläubiger wirksamen Eigenschaft des Gemeinschuldners, z. B. in dessen Adel hat. (Läßt man die oben hierüber ausgeführte Ansicht gelten, so ist die praktische Bedeutung des Satzes sehr gemindert.) — Wenn das benef. compet. nur gegen einen oder einzelne der Gantgläubiger, z. B. wegen des geschwisterlichen oder ehelichen Verhältnisses zum Gemeinschuldner Platz greift, so hat es keinen Einfluß auf das Gantverfahren, sondern wirkt nur auf die Befriedigung der bezeichneten einzelnen Gläubiger aus der Gantmasse. Vgl. übrigens v. Stürzer CGV. S. 882: „Sind mehrere zur Bewilligung der Kompetenz Obligirte, dann soll das regulirte Kompetenzquantum auf Das, was jeder von ihnen zu erhalten hat, verhältnißmäßig vertheilt werden." Eine Modifikation des Verhältnisses können die oben S. 361—3 bezeichneten Erwägungen motiviren.

über den Vermögensstand nur eine summarische Untersuchung anzustellen. Viel weniger soll

6) die Immission oder Exekution, wenn sie nicht auf alle, sondern nur auf gewisse Güter begehrt wird, durch das punctum competentiae aufgehalten werden, ausgenommen, wenn der Schuldner in continenti[19]) darthun[20]) kann, daß die übrigen Güter zur Kompetenz nicht hinlänglich sind.

7) Das beneficium competentiae erstreckt sich „weder auf des Schuldners Erben, noch Nachkommen oder Bürgen, sondern nur auf seine Person, und erlischt auch von selbst wieder, wenn er so weit zu Kräften kommt, daß er das Ganze bezahlen kann."

8) Was von Rechtsmitteln im Exekutionsverfahren überhaupt Rechtens ist, gilt auch in dem Falle, wenn es sich bei der Beschwerde von dem im Exekutionsverfahren angeregten Kompetenzpunkte handelt[21]).

§. 11.

Von der datione in solutum[1]).

Kein Gläubiger ist verbunden, statt baarer Zahlung sich mit Ueberlassung anderer Güter befriedigen zu lassen, sondern, wenn der Schuldner nicht im Stande ist, baare Zahlung zu leisten, soll mit dem gerichtlichen Verkaufe und dem Hinschlage, nach den oben zu §. 7 erörterten Regeln, verfahren werden. Läßt sich jedoch der Gläubiger freiwillig auf die Ueberlassung an Zahlungsstatt ein, so hat es

19) Die Bewilligung einer kurzen Frist zur Beibringung der nöthigen Behelfe ist dadurch nicht ausgeschlossen.

20) D. h. volle Ueberzeugung darüber verschaffen.

21) Vgl. OAGE. vom 23. Nov. 1838 Nr. $46^{38}/_{39}$.

1) Marezoll in v. Löhr's Magazin Bd. II S. 230–46.

dabei sein Bewenden, und es kommen die von Kaufgeschäften geltenden Rechtssätze in Anwendung.

Eine Ausnahme von obiger Regel macht die Vorschrift des Hyp.-Ges. §. 54 und 56 in so ferne, als sich der von dem Hypothekgläubiger auf Zahlung der Hypothekschuld belangte dritte Besitzer der Hypotheksache von allen Ansprüchen des Gläubigers, wenn er nicht die Schuld besonders übernommen hatte, durch Abtretung des Gutes befreien kann.

§. 12.

Von Eisenbriefen und moratoriis.

Unter einem Moratorium versteht man ein vom Landesherrn ertheiltes Privilegium, zufolge dessen der Schuldner auf gewisse Zeit Ruhe vor seinen Gläubigern erhält, damit er sich desto leichter wieder erholen und künftig die Bezahlung leisten könne. In der Ertheilung eines solchen Privilegiums liegt immer eine Abweichung von der verfassungsmäßigen Regel der Unaufhaltsamkeit der Rechtspflege. Deßwegen fand dieselbe nur höchst selten, nur in außerordentlichen Fällen Statt, und das Gesetz bestimmte die faktischen Voraussetzungen, ohne deren Dasein die Verleihung dieser Rechtswohlthat nicht eintreten sollte. Durch das Gesetz vom 25. Juli 1850, die Aufhebung der Moratorien btr., (Gesetz-Blatt S. 349) wurden jedoch die Vorschriften des gegenwärtigen §. der Gerichtsordnung und der großherzoglich Würzburgischen Verordnung vom 5. März 1808 aufgehoben. Die in der früheren Auflage vorkommenden näheren Erläuterungen werden daher als nunmehr des praktischen Interesses entbehrend hier umgangen.

§. 13.

Von Fristen und Nachlässen, welche von den Gläubigern selbst oder dem größeren Theile derselben, oder von der Obrigkeit ex officio gemacht werden[1]).

I.

Wenn sich ein Gläubiger selbst mit dem Schuldner auf gütliche Fristen oder Nachlässe versteht, so hat es hiebei sein Bewenden[2]). Was ferner bei dem Dasein mehrerer Gläubiger der größere Theil derselben dem Schuldner an gewissen Zahlungsfristen und Nachlässen bestimmt, das muß sich — unter gewissen Voraussetzungen auch der kleinere Theil von gleich oder weniger befreiten Gläubigern gefallen lassen[3]). Hierüber gelten folgende Grundsätze[4]):

1) Bl. f. RA. Bd. I Nr. 18—22. Vgl. Heffter im Archiv für civ. Praxis Bd. X S. 337 f.; Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. III S. 3 f. — S. auch Bayer Theorie des Concursprozesses §. 37—38; Lehner Lehrb. des Hypothekenrechtes u. s. w. Bd. II §. 116; Seuffert's Archiv Bd. I S. 149.

2) Hat der Gläubiger nach bereits erlassenem Zahlungsbefehle auf gewisse Zeit Nachsicht gewährt, so braucht, wenn die Frist ohne Zahlung verstreicht, der Zahlungsbefehl nicht wiederholt zu werden, vielmehr ist auf weiteres Anrufen des Gläubigers mit der früher angedrohten Exekution zu verfahren.

3) Ueber die Anwenduug der röm. rechtlichen Vorschriften, den Zwangs-Nachlaß bei insolventen Erbschaften betreffend, s. G. K. Seuffert in den Bl. f. RA. Bd. I S. 157. Der §. 70 der Nov. v. 1837 hat freilich nur Fälle vor Augen, in denen es sich davon handelt, einen Schuldner bei häuslichen Ehren zu erhalten. Die hier zu erörternde Rechtswohlthat gehört zu denen, womit man „verunglückten und erbarmungswürdigen Schuldnern beizustehen pflegt." S. §. 9 Kap. 18 der GO.

4) Im Allgemeinen dient zur Richtschnur: der Rechtssatz, nach

1) die außergerichtliche Bewilligung von Fristen oder Nachlässen von Seite der Mehrheit der Gläubiger begründet für sich keinen Zwang der übrigen zum Beitritte; vielmehr setzt dieser Zwang überall eine richterliche Untersuchung (causae cognitio) voraus [5]).

2) Der Antrag auf Erkennung des Zwangsbeitrittes [6]) muß durch Vorlage eines genauen und glaubwürdigen status activi und passivi, welchen der Gemeinschuldner auf Begehren — auch nur eines Gläubigers [7]) mit dem Manifestationseide zu betheuern hat, motivirt werden [8]). Eine glaubwürdige Vorlage ist erfordert;

welchem der Beschluß der Mehrheit auch die Minderheit der Gläubiger binden soll, enthält eine sehr grelle Abweichung von den natürlichen, in den positiven Gesetzen anerkannten Rechtsregeln, zufolge welcher Verträge nur die Kontrahenten, nicht aber dritte Personen binden. Daher ist obige Vorschrift, als singuläres Gesetz, im Zweifel überall in beschränkterem Umfange anzuwenden.

5) §. 70 der Nov. v. 1837 Nr. 1. — Die GO. XVIII §. 13 Nr. 2 stellte in- oder außergerichtliche Bewilligung gleich. S. jedoch Bl. f. RA. Bd. 1 S. 161 f., 170 f.

6) Zu dem von der Mehrheit vorher Bewilligten. Anträge dieser Art sind nicht zu verwechseln mit der vorbereitenden Bitte, alle Gläubiger zur Erklärung über einen vorzulegenden Nachlaß- oder Befristungs-Plan vorzuladen. Ueber die Stellung der einwilligenden Gläubiger zu den verweigernden s. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 238.

7) Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. VIII S. 381—2. Darauf, daß der Schuldner keine Winkelverträge mit einzelnen Gläubigern geschlossen, kann der Manifestationseid nicht erstreckt werden.

8) Ueber die Zeit, welche in Beibringung der nöthigen Behelfe eingehalten werden muß, soferne die Sistirung einer Exekution erstrebt wird, — s. oben §. 8 S. 345 und unten Nr. 10.

von vollständiger Beweisführung über die Richtigkeit der einzelnen Angaben ist nicht die Rede. Aus den Vorlagen soll sich ergeben, daß der Schuldner nicht alle Gläubiger auf einmal oder überhaupt nicht Alles bezahlen kann [9]).

3) Nur diejenigen Schuldner sollen den Zwangsbeitritt der Minderheit verlangen können, welche an ihrer Unvermögenheit nicht selbst Schuld tragen [10]), vielmehr lediglich durch unvorhergesehene [11]) Zufälle dahin gerathen sind. Daß die Unvermögenheit eine unverschuldete sei, wird nicht vermuthet; kann der Schuldner Ereignisse und Verwickelungen, welche seine Insolvenz als eine zufällige erscheinen lassen, nicht glaubhaft machen [12]), so hat sein Gesuch keinen Erfolg.

4) Zum Zwecke der Untersuchung, so des Vermögens=

9) S. oben §. 9 a. E. Der Zwangsnachlaß ist durch Feststellung seines Betrages bedingt. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 383.

10) Vgl. hierüber oben §. 9. Die Novelle §. 70 spricht von Schuld, ohne einen Grad des Verschuldens zu bezeichnen. Allein durch den Zusatz „vielmehr lediglich durch unvorhergesehene Zufälle dahin gerathen sind," ist unzweideutig erklärt, daß auch geringes Verschulden die Rechtswohlthat ausschließe. Anders nach dem älteren Rechte. Bl. f. RA. Bd. I S. 139—40.

11) Den unvorhergesehenen stehen natürlich diejenigen gleich, welche zwar vorhergesehen wurden, aber nicht abgewandt werden konnten.

12) Die Thatsachen, aus welchen die Nichtverschuldung erhellen soll, müssen in dem Gesuche angeführt, und wenn es sich von Sistirung einer Exekution handelt, längstens in der darauf anzuberaumenden Verhandlungstagfahrt mit summarischem Beweise vertreten werden. Vgl. unten Nr. 10. — In dem OAGE. vom 14. Nov. 1833 (Nr. 473 31/32) kommt vor: Der Beweis, daß der Schuldner durch unvorhergesehene Zufälle in Unvermögenheit gerathen sei, ist nicht mit der Strenge zu prüfen, wie wenn die Entscheidung eines eigentlichen Rechtsstreites von bestimmten Thatsachen abhängt.

standes[13]), wie der Frage der „Erbarmungswürdigkeit" ist der Richter befugt, von Amtswegen[14]) oder auf Antrag der Dissentienten die Vorlage der Handelsbücher und anderer Geschäftspapiere des Imploranten anzuordnen[15]), auch andere Aufklärungsmittel zu erforschen und zu benützen[16]); nicht minder hat er die Dissentienten zur Beweisführung über besondere erhebliche Thatsachen zuzulassen, welche von denselben zur Motivirung ihrer Weigerung resp. zur Entkräftung des gegnerischen Vorbringens behauptet wurden[17]).

5) Auf welcher Seite die Mehrheit sei, wird nicht nach der Kopfzahl der Gläubiger, sondern nach der Größe der Forderungs-Summen[18]) bemessen[19]). Forderungen, welche von dem Schuldner bestritten und nicht wenigstens wahrscheinlich gemacht sind, kommen nicht in Ansatz[20]).

13) Insbesondere der Richtigkeit der gemachten Werthsangaben.

14) Vgl. §. 70 Nr. 1 der Nov. v. 1837: „Untersuchung der Sache."

15) Bl. f. RA. a. a. O. S. 143—4.

16) Z. B. Schätzungen der Vermögensobjekte anzuordnen.

17) Z. B. von Thatumständen, aus welchen erhellt, daß der Implorant seine Unvermögenheit selbst verschuldet habe. — S. übrigens Bl. f. RA. Bd. 1 S. 143—4. In dem OAGE. vom 11. April 1826 (Metzger und Hohbach gegen Pfeffer) wurde angenommen, daß die Dissentienten, wenn der Schuldner seinen Vermögensstand eidlich manifestirt, eine nachträgliche Taxation der Vermögensobjekte nicht verlangen können. (Nicht zu billigen, wenn die Unrichtigkeit der Werthsangaben bereits einigermassen bescheinigt ist).

18) Mit Einrechnung der rückständigen Zinsen. GO. a. a. O.

19) So daß ein Gläubiger die Mehrheit gegen die übrigen bilden kann.

20) Eben so wenig Forderungen auf rein persönliche Leistungen, welche nicht zu Geld angeschlagen sind, oder einen solchen Anschlag nicht vertragen. Bl. f. RA. a. a. O. S. 154.

Das Geständniß des Schuldners hindert die dissentirenden Gläubiger nicht, gegen die für die beistimmende Majorität gezählten Forderungen zu excipiren, d. h. die Liquidität derselben zu bestreiten[21]. Nur ist die Wirksamkeit dieser Beanstandung durch Glaubhaftmachung der vorgebrachten Einwendungen bedingt.

6) Der Zwangsbeitritt kann nur gegen solche Gläubiger verfügt werden[22], welche zu der bewilligenden Mehrheit im Verhältnisse von gleich oder minder Berechtigten resp. Bevorzugten stehen[23]. Zur Bildung der Mehrheit[24] darf kein Gläubiger gezählt werden, welcher auch nur einem der Dissentienten gegenüber ein minder bevorzugter ist[25]. Den bevorzugten Forderungen können, inso-

21) Bl. f. RA. Bd. I S. 169—70. OAGE. in der Redwitz'schen Debitsache (aus dem J. 1828 resp. 1834). Bl. f. RA. Bd. XIX S. 279.

22) Nicht ausgenommen sind im Falle des §. 13 Nr. 2 Gläubiger der oben im §. 12 Nr. 6 bezeichneten Kategorieen, wohl aber Separatisten.

23) Gegen einen Hypothekgläubiger von älterem Datum hat der Konsens der nachstehenden keine Wirkung. Wenn aber mehrere Hypothekgläubiger, von denen jeder in Ansehung des ihm verpfändeten, zu seiner Befriedigung hinreichenden Objektes der erste ist, einen Nachlaß bewilligen, so kann ein anderer, in Bezug auf eine andere Sache in gleicher Lage befindlicher Gläubiger, wenn es sonst an den Erfordernissen nicht fehlt, zum Anschlusse an die Mehrheit gezwungen werden.

24) Ist eine Mehrheit von gleich oder mehr Bevorzugten vorhanden, so hat es keinen Einfluß, daß sich dieser Mehrheit auch noch Minderbevorzugte angeschlossen haben.

25) Sei es nach der Klasse der Lokation, oder nach dem besseren Platze in derselben Klasse. Durch die Worte des Gesetzes „von gleich oder weniger befreiten Gläubigern" ist auf die

ferne es die Beurtheilung der Priorität gilt, nur diejenigen Zinsen beigerechnet werden, welche den Vorzug des Kapitals theilen. — Ist die Priorität einzelner Gläubiger bestritten, so bildet dieser Streitpunkt eine inzidirende Aufgabe der Verhandlung und Entscheidung [26]).

7) Die Minderzahl der Gläubiger ist nicht schuldig, der Bewilligung der Mehrheit beizutreten, wenn nicht der Betrag und die Modalität des Nachlasses resp. der Befristung für alle Gläubiger, deren Stimmen gegeneinander verglichen werden, dieselben sind. Denn nur Dasjenige, was die Mehrzahl dem Schuldner bewilligt, also nicht

Prioritätsordnung, wie sie im Konkurse zur Anwendung kommt, Bezug genommen. Es ist dies ein Fall, von welchem die in den Motiven des Plenarbeschlusses vom 17. April 1844 gemachte Bemerkung gilt, daß die Prioritätsordnung in gewissen Fällen zufolge spezieller gesetzlicher Verordnung auch außer dem Konkurse zur Anwendung komme. — Es wäre in der That schreiendes Unrecht, wenn ein Gläubiger der ersten Klasse, welchem die volle Befriedigung im Konkurse mit Gewißheit in Aussicht steht, durch eine Mehrheit von Kurrentisten zu Nachlässen gezwungen werden könnte.

26) D. h. in den Verhandlungen über die Verbindlichkeit zum Beitritte erklären sich die Betheiligten auch über diesen Streitpunkt, und in dem richterlichen Urtheile erscheint dessen Beurtheilung als eine Prämisse des Ausspruches in der Hauptsache. Jedoch versteht es sich von selbst, daß die Wirksamkeit des Ausspruches über die Liquidität so wie über die Priorität sich nicht weiter erstreckt als auf den Zwangsbeitritt; mit Rücksicht auf diese beschränkte Wirksamkeit des zu erlassenden Ausspruches wird auch die Verhandlung eine mehr summarische Natur anzunehmen haben, und insoweit wird man der Ausführung von Edel, das Gerichtsverfassungsgesetz vom 1. Juli 1856 S. 60 ff., beizustimmen haben. S. übrigens unten Note 44. — Auf die Bestimmung der Priorität hat die Erklärung der Mehrheit keinen Einfluß. Bl. f. RA. Bd. 1 S. 156.

mehr, soll sich die Minderzahl gefallen lassen [27]). Ist die Bestimmung des Nachlasses dahin getroffen, daß die Gläubiger der verschiedenen Prioritäts-Kategorien [28]) mehr oder weniger Prozente erhalten sollen, so kann kein Dissentient zum Beitritte gezwungen werden, wenn sich nicht auch die Mehrheit seiner Kategorie für das Arrangement erklärt hat [29]).

8) Der Schuldner kann verlangen, daß alle seine Gläubiger durch öffentliches Ausschreiben geladen werden, sich über den von ihm vorzulegenden Nachlaß- resp. Befristungs-Plan auf einer Tagfahrt zu erklären, und dies zwar unter dem Präjudize, daß sie dem Beschlusse der Mehrheit beistimmend erachtet werden sollen [30]).

9) Die Minderheit kann nicht gezwungen werden, sich den Nachlaß in solchem Maaße gefallen zu lassen, daß der

27) Vgl. G. K. Seuffert in den Bl. f. RA. Bd. I S. 154 f. Daß Forderungen, welche ohne Abzug bezahlt werden sollen, nicht in Ansatz kommen, versteht sich von selbst.

28) Ueber den Sinn dieses Ausdruckes s. oben Note 25.

29) G. K. Seuffert a. a. O.; vgl. v. Stürzer CGB. S. 889; Lehner's Lehrb. des Hypothekenrechtes Bd. II §. 116 Nr. 5. — In dem OAGE. vom 11. März 1827 (Metzger und Hohbach gegen Pfeffer) wurde angenommen, daß die Minderheit dem Beschlusse der Mehrheit nur dann unterworfen werden könne, wenn volle Gleichheit der Offerten des Schuldners für alle Gläubiger besteht.

30) Kreittmayr in der Anmerk. lit. b. zu diesem §en. — Hypothek- und andere gerichtsbekannte Gläubiger sind speziell zu laden. — S. auch unten Note 37. — Bei unterbliebener öffentlicher Ladung ist der Konsens eines nicht erschienenen Gläubigers nur dann anzunehmen, wenn dargethan wird, daß ihm die Ladung gehörig insinuirt worden. OAGE. vom 29. Dez. 1832 Nr. 97 29/30. Bl. f. RA. Bd. XI S. 362.

Gemeinschuldner nicht blos in nothdürftigem Nahrungsstande, sondern in behaglichem Wohlstande erhalten, daß er auf Kosten der Gläubiger bereichert würde. Die Aufgabe des Richters besteht auch in der Erwägung, ob nicht der Nachlaß, zu welchem die Minderheit gezwungen werden soll, in offenem Mißverhältnisse zu der Aktivmasse stehe [31]). — In Bezug auf Bewilligung von Fristen bestimmt die Novelle von 1837: „sie dürfen nur auf eine leidentliche Art regulirt und nicht mit der Gläubiger allzugroßem Schaden über fünf und mehrere Jahre hinaus verlängert werden."

Ein Zwang gegen die Minderheit kann nicht eintreten, wenn (nicht blos entfernter) Verdacht obwaltet [32]), daß Gefährde gespielt, z. B. daß fingirte Forderungen angegeben, oder daß einzelnen Gläubigern heimliche Mehrzahlungen zugesichert worden [33]).

Das legislative Motiv der Vorschrift des Zwangsbeitrittes ist: den Schuldner bei häuslichen Ehren zu erhalten. Läßt sich dieser Zweck nicht erreichen, so fällt auch die Anwendung des Gesetzes weg [34]). Diese ist ferner durch die gegründete Aussicht pünktlicher Erfüllung der Vertragsbestimmungen bedingt. Ist Anlaß zu der Besorgniß, der

31) Vgl. hierüber die Ausführung in den Bl. f. RA. Bd. I S. 161 f.

32) In Erhebung der Verdachtsgründe ist der Richter durch die Verhandlungsmaxime nicht gebunden. Vgl. §. 70 Nr. 1 der Nov. 1837: „Untersuchung der Sache" ꝛc.

33) Solche geheime Verträge sind unter den Kontrahenten unwirksam. Bl. f. RA. Bd. I S. 173 Nr. 6, Bd. III S. 9, Bd. VII S. 233—5; ohne Unterschied, ob der Abschluß etwa erst nach Bestätigung des Nachlaßvertrages geschehen war, um einen Dissentienten von der Beschwerdeführung abzuhalten, resp. zur Verzichtleistung auf das eingewendete Rechtsmittel zu bestimmen. Bl. f. RA. Bd. III S. 14.

34) Lehner a. a. O. Nr. 4.

Schuldner wolle nur Zeit gewinnen, um etwa seine Person oder doch seine Vermögensstücke den Gläubigern zu entziehen, so kann natürlich von richterlicher Bestätigung des entworfenen Planes keine Rede sein.

Für die seltenen Fälle einer Stimmengleichheit der Gläubiger hat das Gesetz (das Dasein aller sonstigen Bedingungen vorausgesetzt) die Entscheidung über den Zwangsbeitritt billigem Ermessen des Richters anheimgestellt.

10) Das Gesuch, zur Erzielung von Nachlaß oder Befristung ein allgemeines Verfahren einzuleiten, resp. die Dissentienten zur Annahme eines mit der Mehrheit schon verabredeten Planes anzuhalten, kann gestellt werden, ohne daß dabei die Sistirung einer Exekution in Frage kommt[35]). Ueber ein Gesuch solcher Art ist, wenn die auch hier nöthigen Voraussetzungen[36]) gegeben sind, summarische protokollarische Verhandlung[37]) zu pflegen, nach deren Ergebnisse dem Endbescheide zwar keine förmliche Beweisinterlokute, wohl aber s. g. Prälokute[38]) vorangehen können.

Handelt es sich davon, eingeleitete Exekutionen zu hem-

35) S. unten Note 44.

36) Auch hier muß der Schuldner unverschuldete Zahlungsunfähigkeit glaubhaft machen. Ohne das Dasein dieser Voraussetzung kann dem Richter nicht angesonnen werden, gleichsam die Rolle einer Mittelsperson zur gütlichen Schlichtung eines Debitwesens zu übernehmen.

37) Wenn es sich davon handelt, ob die Mehrheit für den Nachlaß oder die Befristung vorliege, so sind auch die schriftlich abgegebenen Erklärungen der Gläubiger, welche in dem Termine nicht persönlich erschienen, zu berücksichtigen. OAGE. vom 26. Nov. 1819 in Sachen v. Welden gegen dessen Gläubiger

38) Durch welche einem oder dem anderen Betheiligten peremtorisch aufgegeben wird, erforderliche Behelfe binnen angemessener Frist beizubringen.

men, so muß mit Einreichung des Gesuches um Vorladung der Gläubiger zur Vorlage eines Nachlaß- oder Befristungs-Planes jedenfalls die von Zustellung des Zahlungsbefehles laufende 14tägige Frist (s. oben §. 8, I) eingehalten werden[38a]). Liegt aber dem Gesuche die bereits erfolgte Zustimmung der Mehrheit zu Grunde, so ist dasselbe auch noch später zuzulassen, soferne nämlich die Zustimmung der Mehrheit erst nach Ablauf der bezeichneten Frist erfolgt ist. In beiden Fällen hat der Exekutions-Sistirung bezweckende Schuldner die nöthigen Beweisstücke[39]) über die oben Nr. 2 und 3 bezeichneten Erfordernisse entweder dem Gesuche unmittelbar beizulegen, oder darin doch deren Beibringung in der anzuberaumenden Tagfahrt zu erbieten[40]). Das Gleiche gilt im zweiten Falle von Bewahrheitung des Vorbringens, daß die Mehrheit bereits eingewilligt habe. Geschieht die Beantragung des Zwangsbeitrittes erst nach Ablauf der 14tägigen Frist, so ist zur Erwirkung alsbaldiger Exekutionssistirung erforderlich, mit dem Gesuche nebst dem Dasein der gedachten Erfordernisse auch die behauptete Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger sofort wenigstens zu bescheinigen[41]).

38a) Bl. f. RA. Bd. XXII S. 253, Bd. XIX S. 277.

39) Die Darlegung des status activus et passivus muß in oder mit dem Gesuche selbst geschehen; die etwa nöthige Glaubhaftmachung kann in der Tagfahrt nachgetragen werden.

40) Der bloße Antrag des Schuldners auf Vorladung seiner Gläubiger, um den Plan zu einem Nachlaß- oder Befristungs-Uebereinkommen vorzulegen, rechtfertigt die Sistirung der eingeleiteten Exekutionen nicht. OAGE. vom 9. Jan. 1830 in Sachen Dreßler gegen Rentamt Neustadt. Nr. 21$^{29}/_{30}$. Ueber den Fall, wenn der Schuldner dabei seine Ueberschuldung anzeigt — s. unten Kap. XIX §. 3.

41) Nach Analogie der Vorschrift der GO. XVI §. 1 Nr. 7.

Da bei dem Antrage auf den Zwangsbeitritt den Gläubigern zugemuthet wird, ihr gutes Recht theilweise aufzuopfern, so ist es angemessen, dem Schuldner jedenfalls die Kosten erster Instanz aufzubürden. Ueber die Kosten der höheren Instanzen gelten die allgemeinen Grundsätze.

Die Einleitung eines allgemeinen Verfahrens, um einen Nachlaß- oder Befristungs-Vertrag zu Stande zu bringen, hindert nicht die Erlassung richterlicher Verfügungen zur Abwendung einer Vermögensverminderung [42]). Verfügungen solcher Art sind, wenn Ueberschuldung angezeigt ist, von Amtswegen zu treffen, und können außerdem von den Dissentienten beantragt werden [43]).

Zum Exekutionsverfahren gehören die Verhandlungen über den vorliegenden Gegenstand nur insoferne, als sie auf Sistirung eingeleiteter Exekutionen gerichtet sind, nicht in der Richtung gegen Gläubiger, welche noch nicht geklagt oder doch die Einleitung der Vollstreckungsinstanz noch nicht erwirkt haben [44]). — Soll eine bereits erkannte

42) Obrigkeitliche Verzeichnung des Vermögens, Veräußerungsverbot, Bestellung einer Kontrole bei der Geschäftsführung Verbot der Zahlungen an den Gemeinschuldner u. d. g.

43) Bl. f. RA. Bd. I S. 171—2.

44) Bl. f. RA. Bd. IX S. 378. — Nachlaß- und Stundungsgesuche kommen nicht selten vor, ohne daß vor deren Einreichung ein Gläubiger auch nur geklagt hätte. Vgl. Plenarbeschluß vom 29. Oktober 1845 (Rbl. S. 792), die Appellabilität der Erkenntnisse über allgemeine Fristen und Nachlaßgesuche betr.: „Auch dann, wenn ein Schuldner nach angedrohter Exekution ein allgemeines Frist oder Nachlaßgesuch einreicht, sind die hierüber ergehenden Erkenntnisse als im Exekutionsverfahren erlassen, nicht zu betrachten." Edel in der Schrift über das Gesetz vom 1. Juli 1856 ꝛc S. 60 bestreitet die Zulässigkeit allgemeiner Fristen- und Nachlaßgesuche außer dem Exekutionsverfahren. Allein daraus, daß die Gerichtsordnung von ihnen nur im Kapitel von der Exe-

Gant durch einen Nachlaßvertrag erledigt werden[45]), so sind die darüber ergangenen richterlichen Verfügungen, als im Gantverfahren erlassen, aufzufassen.

Gegen Abweisung des Antrages auf Verfügung des Zwangsbeitrittes können nicht die konsentirenden Gläubiger, sondern nur der Schuldner Beschwerde führen[46]). — Ueber Nothfrist und Revisionszuläßigkeit bei Beschwerdeführungen gegen Entscheidungen über den Zwangsbeitritt — s. oben S. 89 und 161. Ist die Entscheidung nach erkanntem Gantverfahren ergangen, so gelten die für das Gantverfahren bestehenden Vorschriften[47]).

11) Gläubiger, welche ohne Vorbehalt einen Nachlaß bewilligt haben, sind, wenn der Schuldner in der Folge zu besseren Kräften kommt, das Nachgelassene zu fordern nicht befugt, wohl aber steht diese Befugniß den zum Beitritte Gezwungenen zu[48]).

kution handelt, kann nichts gefolgert werden; denn die Gerichtsordnung behandelt unter dem nämlichen Kapitel auch das beneficium competentiae, die Moratorien und das beneficium cessionis bonorum; Lehren, welche in den meisten Systemen des Civilrechtes, als Beschränkungen der Erfüllungsverbindlichkeiten, abgehandelt werden, und offenbar mit der Exekution in einem nothwendigen Zusammenhange nicht stehen. Vgl. auch Bl. f. RA. Bd. XIX S. 277.

45) Daß die Anwendung der Vorschrift der GO. XVIII §. 13 Nr. 2 auch nach erkanntem Gantverfahren zuläßig sei, erhellt aus den Worten der Anmerkung lit. b. „Wenn z. B. der Konkurs in lauter Kurrent-Gläubigern besteht." S. auch Bl. f. RA. Bd. I S. 157—8 Nr. 7.

46) Bl. f. RA. Bd. I S. 175.

47) §. 114 der Nov. v. 1837.

48) §. 70 der Nov. v. 1837 Nr. 2. Vgl. Bl. f. RA. Bd. I S. 174.

12) Der zum Beitritte Gezwungene kann den Bürgen auf Bezahlung der unfreiwillig nachgelassenen Prozente belangen [49]).

Bezüglich der Kompetenzfrage mit Rücksicht auf die Feststellungen des Gesetzes vom 1. Juli 1856, einige Bestimmungen über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren betr., in Art. 3 Nr. 15 und 16 ist, wie folgt, zu unterscheiden. Wenn alle Rechtsansprüche, welche einer Fristen- oder Nachlaßregulirung unterworfen werden sollen, in die Zuständigkeit des Einzelnrichters fallen, d. i. in der Hauptsache an Geld oder Geldeswerth nicht über einhundert fünfzig Gulden ohne Einrechnung der Zinsen, Kosten und Nutzungen betreffen, so ist der Einzelnrichter zur Einleitung und Behandlung des Verfahrens zuständig; gehört dagegen ein Theil jener Rechtsansprüche vor das Bezirksgericht als Kollegium, ein anderer Theil vor den Einzelnrichter, so hat das erstere in seine Verhandlung auch das Verfahren mit den geringeren Gläubigern aufzunehmen [50]).

II.

Nach den Bestimmungen der Gerichtsordnung Kap. XVIII §. 13 Nr. 3 konnten Nachlässe und Fristen bei dem Dasein gewisser Voraussetzungen auch von Amtswegen bewilligt werden, und in der Novelle vom 22. Juli 1819 §. 29 war eine Bestätigung dieser Befugniß des Richteramtes ausgesprochen. Das Prozeßgesetz vom 17. Nov. 1837 verordnete aber in §. 70: „Fristen und Nachlässe können von den Gerichten nicht mehr von Amtswegen bewilligt werden [51])." Findet der Richter eine solche Be-

49) Bl. f. RA. a. a. O.

50) Edel zum angef. Ges. S. 64.

51) Damit ist wohl die kurze Nachsicht nicht ausgeschlossen, von welcher Gönner im Komment. zur Nov. von 1819 S. 414

schaffenheit der Verhältnisse, daß Erwirkung von Nachlässen oder Fristbewilligungen angemessen erscheint[52]), so mag er durch Geltendmachung der dafür sprechenden Gründe die Gläubiger zu gütlicher Nachsicht zu bestimmen suchen, und etwa, wenn dieß nur bei der Mehrheit gelingt, nach den unter I vorgetragenen Grundsätzen verfahren.

Bewilligung einer Frist ohne Rücksicht auf den Willen des Gläubigers bringt die Anwendung des §. 64 Abs. 4 des Hypothekengesetzes mit sich. Hier ist verordnet: „Wenn

bemerkt: „Wie leicht kann der gesetzliche Zahlungstermin bei einem Bauern kurz vor der Erndte, bei einem Gewerbsmann kurz vor der Zeit einer gewissen Einnahme für eine angefangene oder vollendete Arbeit, bei einem Kaufmann kurz vor der Messe sich endigen. Der Schuldner will nicht chicaniren, er will redlich zahlen, er giebt aus bescheinigten Ursachen an, warum er nicht eben jetzt, warum er in 4 Wochen gewiß zahlen kann; welches Gesetz wollte ihm unter solchen Umständen die kurze Frist versagen, ihn mit einer schimpflichen oder schädlichen Auspfändung quälen, oder zwingen, daß er, um jenem Schimpfe zu entgehen, entweder mit großem Schaden für sein Hauswesen einzelne Stücke unter dem Preise verkaufe oder sich den Wucherern als Beute überlasse. Hier ist der Punkt, wo Gesetze und Gerichte billige Schonung des Schuldners mit dem Rechte des Gläubigers in das Gleichgewicht bringen müssen. Keiner Chicane oder absichtlichen Zögerung werde Raum gegeben, aber auch keine übertriebene Härte gegen den redlichen Schuldner ausgeübt."

52) Wenn sich zufolge der guten Eigenschaften (Redlichkeit, Thätigkeit, Sparsamkeit, Einsicht) des Schuldners und in Aussicht stehender Konjunkturen z. B. Steigerung der Güter- und Produkten-Preise hoffen läßt, daß die gestattete Nachsicht den Erfolg einer Verbesserung der Vermögensumstände, und der Erhaltung des Schuldners bei seiner Wirthschaft haben werde. Vgl. Puchta über Konkursprozeß. §. 109—13.

ein Schuldner behauptet, daß der von anderen Lasten freie Ertrag eines Jahres von dem hypothezirten Gute zur Zahlung der eingeklagten Schuld an Kapital, Zinsen und Kosten hinreiche, und den Beweis durch unverdächtige Pachturkunden oder Wirthschaftsrechnungen, oder sonst auf der Stelle führt, und zugleich sich erbietet, den Gläubiger in diese Einkünfte einzuweisen, so muß das Verfahren von dem Gerichte eingestellt, solches aber sogleich auf Anrufen des Gläubigers wieder fortgesetzt werden, wenn wider die Zahlung ein Einspruch geschieht, oder sonst ein Hinderniß dagegen eingelegt wird."

Der Schuldner muß sich auch dieses Vertheidigungsmittels innerhalb der Zeit von 14 Tagen, vom Tage der Zustellung des Zahlungsbefehles an gerechnet, bedienen. Im Uebrigen s. in Betreff des Verfahrens oben §. 8, I.

§. 14.

Von der cessione bonorum[1]).

Wer ohne Verschulden in Vermögensverfall gerathen ist, kann sich durch Abtretung seines gesammten Vermögens an die Gläubiger die Begünstigung verschaffen, daß ihm künftig „von den neuerworbenen Gütern nicht Alles genommen, sondern zu seinem Unterhalte Etwas übrig gelassen werden soll."

Zur Erlangung dieser Rechtswohlthat muß der Schuldner darthun, „daß er durch Unglück[2]) verschuldet worden

1) Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. I S. 873 f.

2) Das Unglück muß wenigstens die Hauptursache der Vermögenszerrüttung sein; einzelne vorgekommene Ordnungswidrigkeiten, wenn sie nur das Gepräge des groben Verschuldens nicht tragen, stehen nicht im Wege. B. Schmid ad Statut. Bavar. Tit. 13 Art. 8 Nr. 13.

sei[3])", auch „vor der ordentlichen Obrigkeit eine getreue Anzeige[4]) von allen seinen Gütern und zwar auf Begehren der Gläubiger unter körperlichem Eide übergeben, wie nicht weniger eidlich angeloben, daß er, wenn er mit der Zeit wieder zu Vermögen komme, seinen Gläubigern den Abgang und Verlust ersetzen wolle." — Ob die Bedingungen der Zulassung zu dieser Rechtswohlthat vorhanden, hat der Richter von Amtswegen zu prüfen[5]). Auch die Gläubiger sind darüber zu vernehmen, und im Falle erhobenen Einspruches wird nach gepflogener Verhandlung richterliches Urtheil erlassen.

Hat die Zulassung zur Wohlthat der Güterabtretung stattgefunden, so steht dem Schuldner gegen Klagen, welche später aus unbefriedigt gebliebenen Forderungen[6]) erhoben werden, die Einrede „si bonis cesserit" zu[7]). Um diese Einrede zu entkräften, hat der Kläger das neuerworbene Vermögen des Beklagten anzugeben. Die Richtigkeit dieser Angabe ist, wenn sie bestritten wird, Gegenstand richterlicher Untersuchung[8]). Von Amtswegen ist darauf zu sehen, daß dem Beklagten der Vortheil der Rechtswohl-

3) Ueber die Modalität der Nachweisung — s. Bd. III S. 17 Note 3.

4) Naher Verdacht einer Verheimlichung von Vermögensstücken motivirt die Versagung der Rechtswohlthat und kann auch der Wirksamkeit derselben, späteren Klagen gegenüber, entgegengesetzt werden. Vgl. B. Schmid l. c. Art. 7 Nr. 8.

5) Die Beibringung abgehender Nachweise wird durch s. g. Präklusive aufgegeben.

6) D. h. aus Forderungen, deren Begründung in die Zeit vor der Güterabtretung fällt. Const. 3 de bonis autoritate judicis (7, 72). Vgl. die Worte der GO. „indem in einem solchen Falle" mit dem unmittelbar vorhergehenden.

7) §. 4 Inst. de replicat. (4, 14).

8) Das Gesetz sagt: „es soll in solchem Falle dem Schuldner

that nicht entzogen, auf der anderen Seite das Recht des Gläubigers nicht mehr beschränkt werde, als die gesetzliche Begünstigung des erbarmungswürdigen Schuldners mit sich bringt.

Ueber diese durch richterliches Ermessen zu schlichtende Vorfrage sind zur Herstellung der Wahrheit faktischer Behauptungen nicht förmliche Beweisinterlokute, sondern einfache Prälokute zu erlassen, wie in Behandlung von Inzidentpunkten überhaupt üblich ist. Ergibt sich aus der Zwischenerörterung, daß der Beklagte von dem neuerworbenen Gute ohne Gefährdung seines Unterhaltes nichts entbehren könne, so wird derselbe zur Zeit von der Klage entbunden [9]). Stellt sich aber auch nur ein Theil des gegenwärtigen Vermögens als entbehrlich dar, so wird in der Hauptsache erkannt, und die Geltendmachung der Rechtswohlthat zum Exekutionsverfahren verwiesen. — Im Uebrigen kommen die oben von dem beneficium competentiae vorgetragenen Grundsätze (Nr. 2 u. folg.) auch hier zur Anwendung.

nicht Alles genommen, sondern zu seinem Unterhalte Etwas übrig gelassen werden." Da hiebei das richterliche Ermessen walten soll, so muß der Richter auch befugt sein, sich die zur Bestimmung seines Ermessens nöthige Aufklärung von Amtswegen zu verschaffen. Zudem liegt es auch im öffentlichen Interesse, so tiefgreifende Abweichungen von der Regel des Rechtes bei der Anwendung in dem gesetzlichen Maße zu erhalten.

9) Fr. 6 de cess. bon. (42, 3): „quantum ei alimentorum satis est." Vgl. B. Schmid ad statut. bav. Tit. 13 Art. 7 Nr. 10: „Si debitor post cessionem aliquid quidem acquisivit, sed tam modicum, ut quantitatem alimentationis non excedat, id illi relinquendum, et creditoribus actio deneganda est."

Neunzehntes Kapitel.

Von dem Konkursprozesse.

Neunzehntes Kapitel.

Von dem Konkursprozesse [1]).

Einleitung.

Suchen mehrere Gläubiger gleichzeitig ihre Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners, so ist eine Konkurrenz von Gläubigern vorhanden. Waltet kein Bedenken darüber ob, daß die vorhandenen Befriedigungsmittel zur Bezahlung aller Gläubiger ausreichen, so wirkt die Konkurrenz keine besondere Gestaltung des Verfahrens. Wohl aber ist dieses der Fall, wenn es gewiß ist oder doch zu besorgen steht, daß die Mittel zur Tilgung sämmtlicher Schulden nicht ausreichen. Das eigenthümliche Verfahren, welches unter solchen Umständen eintritt, wird Konkurspro=

1) Dabelow ausf. Entwicklung der Lehre vom K. der Gläubiger. 1801. Schweppe das System des K. d. Gl. dritte Ausg. 1829. Puchta über den K. Prozeß (Zweiter Bd. der Beiträge zur Gesetzg. und Praxis) 1827. Bayer Theorie des K. Proz. 1836. 4. Aufl. 1850. Mittermaier der gem. u. bürgerl. Proz. Beitrag III. §. VII. Martin Vorlesungen über die Theorie des deutschen gem. bürgerl. Prozesses Bd. 2 S. 449 ff. Günther der Konkurs der Gläubiger 2te Aufl. Lpz. 1852. Kleiner die außerordentlichen Civilprozeß=Arten in Bayern diesseits des Rheins I. Th. Regensb. 1856. S. 247 ff.

Miltner der bayer. Gantprozeß. 1814. — Welsch Handb. des bayer. Universal=Konk. Proz. 1819.

zeß oder auch Gantprozeß[2]) genannt. Bildung und Feststellung der Aktivmasse, Ausmittelung der konkurrenzberechtigten Gläubiger, Herstellung der Liquidität ihrer Forderungen, Feststellung des Prioritätsverhältnisses der mehreren Forderungen untereinander und Befriedigung derselben aus der Aktivmasse nach Maßgabe der festgestellten Priorität, das sind Hauptaufgaben des Konkursprozesses. Die Einleitung desselben bewirkt Einstellung der zu Gunsten einzelner Gläubiger anhängigen Exekutionen[3]), Entkleidung des Schuldners von der Dispositionsbefugniß über sein Vermögen, Beschlagnahme, so wie Verwaltung und Veräußerung dieses Vermögens unter richterlicher Aufsicht und Leitung. Das Konkursverfahren ist durch mannigfache Abweichungen vom gewöhnlichen Prozeßgange ausgezeichnet[4]), insbesondere durch Verbindung der Ver-

2) Vgl. den bayerischen Gantprozeß von 1616 Tit. I Art. 1. Nach einer älteren Bedeutung der Worte „Gant, Vergantung" wurde darunter das bei öffentlicher Feilbietung eines verpfändeten Gutes stattfindende Verfahren verstanden. Anmerk. zur GO. XIX. §. 1. Bayer a. a. O. §. 1 Note 3. Demzufolge kommt der Ausdruck „Vergantung" auch noch im neueren Rechte nicht blos zur Bezeichnung des Konkursprozesses, sondern auch als synonym mit Zwangs-Versteigerung von Immobilien vor.

3) Auch schon in dem das Erkenntniß auf Konkurs vorbereitenden allgemeinen Verfahren kommt diese Einstellung, sowie provisorische Untersagung von Vermögensverfügungen und Fürsorge gegen Verschleppungen vor. S. unten §. 3 Note 18.

4) Diese Abweichungen rechtfertigen aber keineswegs den Satz, daß von den Prozeßvorschriften, welche für das Verfahren außer dem Konkurse gegeben sind, im Konkurse nur das ausdrücklich in Bezug Genommene zur Anwendung komme. So z. B. gelten die Vorschriften des §. 19, 21, 22 der No-

handlung über eine Mehrheit nicht zusammenhängender, von einer Mehrheit von Gläubigern geltend gemachter Forderungen, so wie durch eine eigenthümliche Verbindung des Beweisverfahrens mit dem s. g. Vorverfahren; in der Stellung der Parteien ergeben sich Modifikationen, indem der einzelne Gläubiger nicht blos den Schuldner, sondern auch die übrigen konkurrirenden Gläubiger zu Gegnern hat; die Gränzen des richterlichen Amtes erscheinen als erweitert, mit demselben sind in diesem Verfahren auch Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Vermögensverwaltung verbunden.

Eine Kollision mehrerer Gläubiger kann auch vorkommen, wo es sich nur von Befriedigung aus gewissen Vermögenstheilen oder Vermögensstücken handelt. Hierauf beruht die Eintheilung des Konkursverfahrens, welcher der §. I des XIX. Kapitels gewidmet ist.

Auf die Frage, wie sich das bayerische Gantverfahren von dem gemein-deutschen unterscheide, läßt sich eine erschöpfende Antwort deßwegen nicht wohl geben, weil letzteres auf dem Gerichtsgebrauche fußt, die Uebung aber

velle von 1837 auch für das Konkursverfahren. OAGE. vom 7. Febr. 1843 Nr. 1537[10]/[11]. Ueberhaupt kommen die für das gewöhnliche Verfahren geltenden Regeln auch im Gantprozesse zur Anwendung, soweit nicht Abweichungen ausdrücklich verordnet sind oder sich als natürliche Folge der Eigenthümlichkeiten des Gantprozesses darstellen. Vgl. die Motive zum §. 112 des Prozeßgesetzes von 1837: „Des Gesetzgebers Absicht war es nicht, alle gesetzlichen Bestimmungen, welche auch im Konkursprozesse gelten, im Kap. XIX zu wiederholen. Dieses Kapitel gibt vielmehr nur die Eigenthümlichkeiten an, welche die besondere Prozeßart des Konkursprozesses auszeichnen.“ Vgl. auch Art. 14 des Ger.-Org.-Ges. v. 1. Juli 1856.

in den einzelnen Punkten sehr verschieden ist. Hervorzuheben sind: die als Regel geltende Vereinigung der Verhandlung über alle einzelnen Forderungen bezüglich der Liquidität und Priorität, in den zusammen ausgeschriebenen 3 resp. 4 Ediktstagen und in einem gemeinschaftlichen Protokolle [5]); die Zulassung des Schuldners zu den Liquidationsverhandlungen [6]) und die (jedoch nicht allgemeine) Nichtüblichkeit der Aufstellung eines Kontradiktors [7]); die ohne Ungehorsamsbeschuldigung eintretende Präklusion [8]); die Verhandlung an den Ediktstagen ohne Kommunikativdekrete [9]); die gebotene Verbindung der Beweisführung mit der Anbringung [10]) und eine Reihe eigenthümlicher Vorschriften über das Beweisverfahren [11]); die gleichzeitige Aburtheilung über alle Liquidationsposten im Prioritätsurtheile [12]); mehrere Besonderheiten sowohl in Bezug auf die Rechtsmittel als auf die Exekution [13]).

§. 1.

Was und wie vielerlei der concursus creditorum sei?

Der Konkursprozeß ist entweder particularis oder „universalis. Jener ergibt sich, wenn nicht alle, sondern „nur einige [1]) Gläubiger zu gleicher Zeit auf die Bezahl-

5) S. unten §. 4—7. Mittermaier a. a. O. S. 179—80.

6) Vgl. §. 4 und flg.

7) Vgl. §. 18 a. E.

8) S. unten §. 9 Nr. 2.

9) S. unten §. 9 Nr. 3.

10) Vgl. §. 10, I.

11) Vgl. §. 10—12.

12) Vgl. §. 15.

13) Vgl. §. 16, 17. (Jus delendi). Mittermaier S. 219.

1) So lange nicht Ediktalladung vorhergegangen, können die

„ung bringen, ihre Forderungen auch nicht das ganze „Vermögen des Schuldners, sondern nur einen Theil „davon betreffen. Dieser hingegen, wenn der Schuldner „nicht mehr solvendo ist und folglich alle seine Gläubiger „durch öffentliche Proklame zu dem Ende zusammen be„rufen werden, damit sie ihre Forderungen gehörig stellen, „liquidiren und über den Vorgang rechtlich miteinander „streiten sollen."

Bei dem Partikularkonkurs im Sinne der Gerichtsordnung kommt es gar nicht in Frage, ob der Schuldner im Allgemeinen noch zahlungsfähig oder überschuldet sei; es handelt sich nur von der Verwendung gewisser Vermögensstücke zur Befriedigung mehrerer Gläubiger, welche ihre Bezahlung aus dem Erlöse verlangen und hiebei, weil der Erlös den Gesammtbetrag ihrer Forderungen nicht deckt, mit einander in Kollision gerathen. Der Hauptfall dieser Art von Partikularkonkurs ergibt sich, wenn außer dem Konkurse Hypothekobjekte als Exekutionsmittel der Versteigerung unterworfen werden, und der Exekutionssucher mit Hypothekgläubigern kollidirt oder mehrere Hypothekgläubiger zur Befriedigung aus dem unzureichenden Erlöse konkurriren [1a]). Hieher gehört es auch [2]), wenn mehrere Gläubiger eines Staatsdieners [3])

gerichtsbekannten Gläubiger immer nur als „einige" angesehen werden.

1a) Bl. f. RA. Bd. XX S. 92. Bd. XXI S. 92.

2) D. h. es ist auch hier thatsächlich eine Konkurrenz oder Kollision mehrerer Gläubiger in Ansehung der Befriedigung aus gewissen Vermögenstheilen gegeben, ohne daß aber dadurch ein Konkursverfahren veranlaßt wird. S. unten S. 394 Note 12.

3) Oder eines den Staatsdienern nach §. 73 der Nov. v. 1837 Gleichstehenden.

Befriedigung ihrer Forderungen aus dem verfügbaren Gehaltstheile verlangen, ohne daß dabei zur Sprache kommt, ob der Schuldner noch sonstiges Vermögen habe und wie sich sein Aktivvermögen überhaupt zu seiner Schuldenmasse verhalte.

Etwas ganz Anderes bezeichnet „Partikularkonkurs" im Sinne der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 §. 7—10[4]). Nach dem in diesen Gesetzstellen ausgeprägten Begriffe setzt der Partikularkonkurs voraus, daß über das Vermögen des Schuldners der Universalkonkurs ausgebrochen ist, und entsteht hierdurch das Recht gewisser Gläubiger aus besonderen Theilen oder Gegenständen des Vermögens eines Schuldners ohne Vermischung mit dessen

4) Stattfindend 1) bei Lehen rücksichtlich der Lehenschulden; 2) bei Familienfideikommissen, rücksichtlich der Fideikommiß-Schulden; 3) bei dem Ewiggelde; ferner unter gewissen Voraussetzungen 4) bei den Erbschaften in Ansehung der Legatarien und Erbschaftsgläubiger; 5) wenn der Schuldner zu gleicher Zeit verschiedene Fabriken, Handlungen oder Gewerbe unter verschiedenen obrigkeitlich genehmigten Firmen hat und ausschließend zu einem oder dem anderen dieser Geschäfte kreditirt worden war; 6) (ehedem — vgl. Art. 15 Abs. 2 des Bodenentlastungs-Gesetzes) bei streng leibfälligen Gütern hinsichtlich der auf dem damit verbundenen Mobiliarvermögen versicherten Erbtheile der Miterben des zeitlichen Besitzers; 7) bei dem beweglichen Vermögen eines Ausländers in Folge der Retorsion. — Ueber die Frage: Hat über das Bergwerksvermögen ein Partikularkonkurs statt?—s. Lauk in den Bl. f. RA. Bd. VI. S. 209 f. Im Hinblicke auf die Worte des Ediktes v. 14. Sept. 1809 §. 19: „Das Bergwerkseigenthum gehört zur gemeinschaftlichen Konkursmasse" erscheint die dort aufgestellte Meinung allerdings als zweifelhaft.

übrigem Vermögen und mit anderen Gläubigern ihre Befriedigung zu verlangen. Diese Vermögenstheile müssen ausgeschieden und unter die dazu berechtigten Gläubiger nach gesetzlicher Ordnung vertheilt werden [5]). Ist gewiß oder doch zu besorgen, daß die ausgeschiedenen Vermögensbestandtheile zur Befriedigung der zu dieser Absonderung berechtigten Gläubiger nicht hinreichen, so tritt die Verhandlung eines Partikularkonkurses ein, welche in Bildung und Feststellung der Partikular-Konkursmasse, so wie in einem unter den betreffenden Gläubigern zu pflegenden Liquidations- und Prioritäts-Verfahren besteht und mit Vertheilung der gesonderten Vermögenstheile nach Maßgabe der festgestellten Priorität zur Erledigung kommt [6]). Der Partikularkonkurs in diesem Sinne ist auf die in der Prioritätsordnung §. 8 aufgezählten speziellen Fälle [7]) beschränkt [8]).

Ein gemeinsames Merkmal beider Arten des Partikularkonkurses ist, daß in der Regel [9]) sowohl bei derjeni-

5) Was von dem gesonderten Vermögenstheile nach Befriedigung der besonderen Gläubiger übrig bleibt, das fällt dem Schuldner oder dessen allgemeiner Masse in so ferne zu, als es die Eigenschaft eines Allodialvermögens an sich trägt. §. 10 der PO.

6) Den Gläubigern, welche aus dem abgesonderten Vermögen nicht vollständig befriedigt werden, bleibt ihr Anspruch an das übrige Vermögen vorbehalten, vorausgesetzt, daß ihre Forderungen einen Anspruch wider den Gemeinschuldner hinsichtlich seines übrigen Vermögens begründen; sie können jedoch darauf das Vorzugsrecht, welches ihnen bei dem Partikularkonkurse zustand, nicht geltend machen. §. 9 der PO.

7) S. oben Note 4.

8) Vgl. den Plenarbeschluß vom 17. April 1844 (Rgb. S. 573).

9) Eine Ausnahme bei der Vollstreckung fremdrichterlicher Er-

gen, von welcher die GO. spricht, als auch bei der in der Prioritätsordnung normirten Art eine Ediktalladung der betreffenden Gläubiger, zum Zwecke des Partikularkonkursverfahrens[10]), nicht stattfindet[11]). Im Uebrigen kommen die vom Universalkonkurse geltenden Vorschriften und die Bestimmungen der Prioritätsordnung über das Rangverhältniß der Gläubiger zwar bei dem Partikularkonkurse im Sinne des ebenerwähnten Gesetzes zur Anwendung, nicht aber für Partikularkonkurse im Sinne der Gerichtsordnung[12]). In Fällen letzterer Art dienen

kenntnisse an der Substanz in Bayern gelegener unbeweglicher Güter — s. oben S. 279. Auch bei dem Partikularkonkurse (im Sinne der PO.) über das in Bayern befindliche bewegliche Vermögen eines ausländischen Gemeinschuldners kann sich in Folge der Retorsion eine Ausnahme ergeben.

10) Da der Partikularkonkurs im Sinne der PO. den Universalkonkurs voraussetzt, so erstreckt die in letzterem erlassene Ediktalladung ihre Wirksamkeit auch auf diejenigen Gläubiger, welche die Absonderung gewisser Vermögenstheile verlangen können, um daraus vor anderen befriedigt zu werden.

11) Vgl. OAGE. vom 6. Dez. 1833 Nr. 608$^{30}/_{31}$.

12) Auch nicht in dem Falle, wenn der Schuldner erklärt, den verfügbaren Theil seiner Gehaltsbezüge seinen Gläubigern abzutreten. Dieses kann zwar die Zusammenrufung der gerichtsbekannten Gläubiger zum Versuche gütlicher Ausgleichung der obwaltenden Kollisionen, nicht aber — lediglich zur Vertheilung der abgetretenen Vermögenstheile — die Einleitung eines allgemeinen Verfahrens veranlassen. Vielmehr gehen hier die einzelnen Forderungssachen ihren besonderen Gang, und Derjenige erlangt den Vorrang, wer es vor dem Anderen zur gerichtlichen Einweisung in die verfügbaren Gehaltstheile bringt. S. oben S. 347. Indessen kann in solcher Lage von Gläubigern, welche eine Gefährdung

die Regeln des Exekutionsverfahrens[13]), die Vorschriften des Hypothekengesetzes[14]) und etwa sonstige civilrechtliche Bestimmungen zur Richtschnur, welche auf das zwischen den mehreren Gläubigern bestehende Rechtsverhältniß Bezug haben[15]). Der Partikularkonkurs im Sinne der GO. wird eingestellt, wenn sich allgemeine Insolvenz des Schuldners und damit Anlaß zur Einleitung des Universalkonkurses zeigt; dem PK. der Prioritätsordnung aber muß, wie oben bemerkt, Einleitung des Universalkonkursverfahrens vorhergehen.

§. 2.

Forum concursus universalis et particularis.

I.

„Der Universalkonkurs soll bei der Obrigkeit vorge„nommen werden, unter welcher der Schuldner auch sonst „mit seiner Person steht, ausgenommen, wenn er den grö„ßeren Theil seiner Güter unter einer anderen Obrigkeit „hat, und dieses so kundbar ist, daß es keiner weitläufi„gen Untersuchung bedarf[1])."

ihrer Rechte besorgen, die Eröffnung des Universalkonkurses beantragt werden. Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 76, 367. Bd. IV S. 49.

13) S. oben Kap. XVIII §. 7 Note 89; §. 8. IV. Nr. 1. Vgl. OAG.-Plenarbeschluß vom 17. April 1844.

14) Vgl. Hyp. Ges. §§. 59-66.

15) Vgl. Bl. f. RA. Bd. X S. 33 f. — S. auch oben S. 300.

1) Welsch a. a. O. § 23 bemerkt hiezu: Der Fall kann sehr oft bei begüterten Adeligen eintreten, welche in Staatsdiensten stehen oder sonst ihr Domizil anderswo, als auf ihren Gütern z. B. in der Residenz oder einer Kreishauptstadt aufgeschlagen haben. — Der Universalkonkurs gehört

Das Wort „Güter" ist, wie aus den Anmerkungen erhellt, nur von liegenden Gütern zu verstehen. Die bezeichnete Ausnahme kann keine Anwendung finden, wo der größte Theil des Vermögens in einer Forderung, insbesondere in einer Gehalts- oder Pensionsforderung an die Staatskasse besteht. Forderungen sind nirgends gelegen; der Ort, wo die Pension zur Zahlung angewiesen ist, ist kein Ort der gelegenen Sache [2]).

An das Gericht desjenigen Ortes, wo sich das Hauptbesitzthum des Schuldners befindet, gehört die allgemeine Gant, insbesondere im Falle eines mehrfachen Domizils. Handelt es sich von der Einleitung der allgemeinen Gant über das Vermögen eines Verstorbenen, welcher ein mehrfaches Domizil hatte, so ist das Gericht des Ortes, wo der Tod erfolgt, für das zuständige zu halten, soferne nicht der größere Theil der Güter notorisch unter einer anderen Obrigkeit gelegen ist [3]).

Verändert der Gemeinschuldner seinen Wohnort, nachdem bereits bei dem Gerichte des bisherigen Wohnsitzes ein s. g. Debitwesen [4]) über sein Vermögen verhandelt worden, so steht gleichwohl die Eröffnung und Verhandlung

nur dann vor das Forum der gelegenen Sache, wenn der Besitz von Gütern daselbst unbestritten ist. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 246.

2) Bl. f. RA. Bd. IV S. 10.

3) Aldosser in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 145.

4) Darunter versteht man gerichtliche Verhandlungen über successive gütliche Befriedigung der Gläubiger aus dazu angewiesenen Mitteln, z. B. aus Gehaltstheilen oder über Bewilligung von Fristen und Nachläßen, oder über Ermittelung des Aktiv- und Passivstandes, als Vorbereitung der Entscheidung darüber, ob Universalkonkurs einzuleiten sei. S. unten §. 3 Note 16.

des Universalkonkurses dem Gerichte des neuen Wohnortes zu. Der Gerichtsstand des Universalkonkurses richtet sich nicht nach den früheren Verhandlungen über Ansprüche an den Gemeinschuldner, sondern zieht vielmehr diese, wenigstens hinsichtlich des Prioritätspunktes, an sich[5]).

Nach dem Gerichtsorganisations-Gesetze vom 1. Juli 1856 Art. 3 Nr. 16 sind Konkursprozesse in erster Instanz bei den Bezirksgerichten und Landgerichten durch Einzelnrichter zu erledigen, insoferne bei Veranlassung eines Beschlusses auf Eröffnung des Konkurses kein Rechtsanspruch gegen den Gemeinschuldner gerichtsbekannt ist, dessen Werth in der Hauptsache an Geld oder Geldeswerth den Betrag von 150 fl. ohne Einrechnung der Zinsen, Kosten und Nutzungen übersteigt. Wird ein solcher Anspruch gleichwohl im Laufe des Konkursverfahrens erhoben und dessen Liquidität oder Priorität oder das dafür angesprochene Separationsrecht bestritten, so ist die Sache nach Abhaltung der Ediktstage zum Zwecke der Erlassung des Prioritätserkenntnisses und zur weiteren Behandlung an das einschlägige Bezirksgericht abzugeben, wenn von dem Gemeinschuldner oder einem Gläubiger der deßfallsige Antrag gestellt wird. Dabei sind die Bezirksgerichte in Art. 23 Nr. 3 des Gesetzes angewiesen, darauf Bedacht zu nehmen, bei Konkursprozessen, welche nicht von besonderer Wichtigkeit oder Schwierigkeit sind, wenn der Sitz des Bezirksgerichtes weiter vom Wohnorte des Schuldners entfernt ist, als der Sitz des einschlägigen Landgerichtes, das letztere um Abhaltung

5) Vgl. Bl. f. RA. Bd. IV S. 9—10 mit Bd. IX S. 146. Auch hinsichtlich der Liquidation bei allen Forderungen, über welche nicht bereits besondere Klagsachen anhängig sind (s. unten §. 13) oder die Ausnahmsbestimmungen in §. 14 Anwendung finden.

der Ediktstage und der Termine zur Einwerthung und Veräußerung der Konkursmasse zu requiriren.

II.

Außer der allgemeinen Gant ist das Gericht der gelegenen Sache das zuständige, wie für Geltendmachung von Hypothekrechten überhaupt, so auch zur Verhandlung und Entscheidung über Kollisionen, welche in Betreff der Hypothek-Ansprüche mehrerer Personen eintreten. Ein Partikularkonkurs im Sinne der GO. kann aber auch dadurch veranlaßt werden, daß in einer bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Schuldners anhängigen Rechtssache ein in einem anderen Gerichtsbezirke liegendes Hypothek-Objekt als Exekutionsmittel vorgeschlagen und das Gericht der gelegenen Sache zur Vollstreckung durch Versteigerung der Sache requirirt wird [6]). Hier ist es Sache des requirirten Gerichtes, die aus dem öffentlichen Buche ersichtlichen Hypothekgläubiger von der bevorstehenden Subhastation in Kenntniß zu setzen [7]), über das Rangverhältniß mehrerer Hypothekgläubiger, wenn sich solches bei dieser Gelegenheit als ein streitiges darstellt, Verhandlung zu pflegen und zu entscheiden, und jedem derselben den gebührenden Theil des Erlöses zuzuwenden. — Mit Ansprüchen auf den Ueberschuß des Erlöses, welchen etwa intervenirende Chirographargläubiger erheben, hat sich das requirirte Gericht der gelegenen Sache, als solches, nicht zu befassen.

6) S. oben S. 276 Note 6.

7) Das requirirende, welches die einschlagenden Hypothekenbücher nicht besitzt, wird ebendeßwegen die vorgeschriebene Benachrichtigung der Hypothekgläubiger dem Richter der gelegenen Sache anheimstellen.

Partikularkonkurse im Sinne der **Prioritätsordnung** (s. oben S. 392 f.) sind ausgeschiedene Bestandtheile eines eingeleiteten Universalkonkurses. Demgemäß folgen sie dem Gerichtsstande des Universalkonkurses [8]). Bei dem Gerichte, welches den Universalkonkurs eröffnet hat, ist die Ausscheidung gewisser Vermögenstheile zur Bildung einer Partikular-Gantmasse zu beantragen, und demselben steht auch die Verhandlung und die Entscheidung über Liquidität und Priorität in dem Partikularkonkurse zu [9]). Anders verhält sich jedoch die Sache bei dem in Folge der Retorsion eintretenden Partikularkonkurse über das bewegliche Vermögen eines im Auslande dem Universalkonkurse unterworfenen Ausländers. Dieser wird von demjenigen inländischen Gerichte eröffnet, in dessen Bezirke sich die fragliche partikuläre Aktivmasse befindet. — Auch brauchen sich Ewiggeldgläubiger in den bei einem anderen Gerichte über das Vermögen des Ewiggeldschuldners eröffneten Universalkonkurs nicht einzulassen, sondern können zufolge des ihnen zustehenden Separationsrechtes [10]) bei dem betreffenden

8) Die GO. bestimmt: „Was den concursum particularem betrifft, so soll man die Pfand- und Realansprüche bei der Obrigkeit des Ortes, wo sich das Pfand befindet, anbringen." Offenbar bezieht sich dieses nur auf Fälle des Partikularkonkurses im Sinne des §. 1, in welchen ein Universalkonkurs über das Vermögen des Schuldners nicht eröffnet ist.

9) Vgl. in Ansehung der Lehenschulden §. 214 und 215 des Lehenediktes von 1808, in Ansehung der Fideikommißschulden Beil. VII zur VU. §. 15.

10) §. 6 der PO. Die Befugniß, die Ausscheidung gewissen Vermögens zur Bildung einer Partikularmasse zu verlangen, enthebt nicht der Verbindlichkeit, der im Universalkonkurse ergangenen Ediktalladung Folge zu leisten; wohl aber ist das **Separationsrecht** (Prior.-Ordn. §. 2—6) an

Bezirksgerichte zu München, des anderwärts eröffneten Universalkonkurses ungeachtet, zu ihrer Befriedigung die Vornahme der Ewiggeldgant beantragen [11]).

§. 3.

Anfang des Universalkonkurses und wenn dazu geschritten werden kann? [1])

I.

Der Universalkonkurs ist zu eröffnen, wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger offenbar nicht hinreicht, oder wenn doch Gefahr sich zeigt, es werde Insuffizienz des Vermögens in naher Zukunft eintreten [2]). Zur Ermittelung, ob die Voraussetzung der Konkurseröffnung gegeben oder nicht, findet ein präparatorisches, zunächst auf Verschaffung einer Uebersicht des Aktiv- und Passivstandes gerichtetes Verfahren Statt [3]). Die Einleitung eines solchen kann nur auf Insolvenz-Erklärung von Seite des Schuldners, oder auf Antrag von Gläubigern, nach dem Ger.-Org.-Ges. vom 1. Juli 1856

eine solche Folgeleistung nicht gebunden. S. GO. Kap. XIX §. 5 Nr. 1.

11) S. jedoch Bl. f. RA. Bd. IX S. 149 Note 9, Bd. XXIII S. 161 ff.

1) Vgl. Bayer a. a. O. §. 46.

2) Gewißheit der Ueberschuldung wird nach der GO. zur Konkurseröffnung nicht gefordert; es genügt dazu der Zustand der Zweifelhaftigkeit über Suffizienz oder Insuffizienz. Diese Zweifelhaftigkeit kann sich insbesondere durch die Unsicherheit angesetzter Aktivposten ergeben.

3) Vgl. über die Natur dieses Verfahrens Bl. f. RA. Bd. III S. 153. S. auch Bayer a. a. O. §§. 45—47. Vgl. auch Bl. f. RA. Bd. XII S. 329, Bd. XV S. 160 Nr. 7.

Art. 16 Abs. 5 aber nicht mehr von Amtswegen verfügt werden.

Die Insolvenz-Erklärung des Schuldners reicht für sich zur Konkurs-Eröffnung nicht hin [4]); indem dergleichen Erklärungen zuweilen bei zureichendem Vermögen gemacht werden, um eingeleitete Exekutionen aufzuhalten, und eine Zeit des Aufschubes zu gewinnen. Der Schuldner hat in solchem Falle eine spezielle Darstellung seines Vermögens- und Schuldenstandes vorzulegen, welche den verzeichneten oder sonst gerichtsbekannten Gläubigern in einer anzuberaumenden Tagfahrt zur Erklärung vorgelegt wird [5]).

Tragen Gläubiger auf Einleitung des Universalkonkurses, beziehungsweise des präparatorischen Verfahrens an, so ist der Antrag durch Anführung und Bescheinigung von Umständen zu begründen, welche die Vermögens-Insuffizienz

4) Vgl. die bayerische Wechselgerichtsordnung vom 24. Nov. 1785 Kap. XI §. 1: „Wenn der Schuldner . . . . sich selbst für insolvent erklärt, und die Insolvenz gerichtlich hergestellt, und die Gant gesetzlich erkannt ist. . . Hier ist es ausgesprochen, daß nach der Insolvenz-Erklärung noch die gerichtliche Herstellung der Insolvenz stattfinden müsse, um auf Universalkonkurs erkennen zu können.— Eine andere Ansicht hat das OAG. in einem Erk. vom 12. April 1844 (Bl. f. RA. Bd. IX S. 393 Nr. 4) geäußert, aber ohne Motivirung.

5) Bayer a. a. O. §. 46 bemerkt: „Sollten alle oder auch nur einige Gläubiger die angebliche Insolvenz des Schuldners in Zweifel stellen und daher auf eine genauere Untersuchung der Vermögens-Verhältnisse antragen, so muß dieser Antrag berücksichtigt, die verlangte Untersuchung eingeleitet und das Konkursdekret so lange ausgesetzt werden, bis die Zahlungs-Unfähigkeit des Schuldners außer Zweifel gesetzt ist.“

wenigstens als wahrscheinlich erscheinen lassen. Fehlt es an dieser (etwa durch Bezugnahme auf andere Gerichtsakten gelieferten) Begründung nicht, so wird dem Schuldner unter Mittheilung des Antrages und Vorsteckung einer kurzen zerstörlichen Frist die Einreichung eines glaubhaften [6]) Verzeichnisses seines Vermögens und seiner Schulden unter dem Rechtsnachtheile aufgegeben, daß außerdem die Vermögens-Unzulänglichkeit als zugestanden angenommen und mit Eröffnung des Konkurses verfahren werden würde [7]). Nach Einreichung des gedachten Verzeichnisses wird Tagfahrt zur summarischen Verhandlung anberaumt, wozu außer den Antragstellern und dem Schuldner sämmtliche gerichtsbekannte [8]) Gläubiger zu laden sind [9]). Auf diese Verhandlung folgt, etwa nach vorausgegangenen Erhebungen z. B. über den Werth einzelner Vermögensstücke, die Entscheidung über die Frage der Konkurseröffnung.

Die Annahme der Gantmäßigkeit kann durch Forde-

6) Die Aufführung von Aktiven, für welche nur die Behauptung des Gemeinschuldners, keine Bescheinigung, vorliegt, ist nicht zu berücksichtigen.

7) Puchta a. a. O. S. 266; Bl. f. RA. Bd. III S. 153.

8) Gegen den Willen des Schuldners jetzt schon (zur besseren Feststellung des Vermögens- resp. Schuldenstandes) eine Ediktalladung zu erlassen, läßt sich nicht rechtfertigen. Indessen kommen solche Ladungen in der Praxis nicht selten vor. Unbedenklich sind sie, wenn eine Erbschaft von zweifelhafter Solvenz in Frage, oder wenn der Schuldner flüchtig gegangen ist, oder selbst erklärt, ein vollständiges Gläubiger-Verzeichniß nicht geben zu können. Lehner a. a. O. §. 61.

9) Das Präjudiz kann nur darin bestehen, daß die Nichterscheinenden vor dem zu fassenden Beschlusse nicht gehört werden.

rungen, welche der Schuldner widerspricht und für welche nicht einmal Bescheinigung vorliegt, nicht begründet werden [10]). Zur Bescheinigung angemeldeter, vom Schuldner widersprochener Forderungen ist den Anmeldern eine kurze Frist vorzustecken.

Ist es der Schuldner, welcher — zur Sistirung anhängiger Exekutionen — das präparatorische Verfahren veranlaßt hat, so ist darauf ein Augenmerk zu richten, ob nicht in dem von ihm eingereichten Schuldenverzeichnisse erdichtete Posten aufgeführt, oder wirkliche Passiva in zu hohem Betrage angegeben sind. Dringender Verdacht, daß solche Gefährde obwalte, kann den Beschluß motiviren, es sei der Konkurs nicht zu eröffnen, sondern mit den einzelnen Exekutionsprozeduren fortzufahren [11]).

Mit Einleitung einer Voruntersuchung [12]) über die durch den Antrag eines oder mehrerer Gläubiger oder die Insolvenzanzeige des Schuldners veranlaßte Frage der Konkurseröffnung ist an den Schuldner ein Verbot der Veräußerung und Belastung von Vermögensstücken so wie der Bezahlung und Bevorzugung einzelner Gläubiger zu er=

10) Sonst könnte Jedermann, auch der in der That gar Nichts Schuldende, durch Anmeldung erdichteter Forderungen auf die Gant getrieben werden.

11) Wenn sich die Insolvenz nur durch Einrechnung der verdächtigen Posten herausstellt, so ist es eine Folge des obwaltenden Verdachtes, daß nun keine Wahrscheinlichkeit wirklicher Insolvenz gegeben ist, daher die Voraussetzung der Konkurseröffnung ermangelt.

12) Dafür haben manche Gerichte den technischen Ausdruck: „Fiat Debitwesen." Die Verminderung dieser Debitwesen war ein Hauptzweck der Beseitigung der Konkurseröffnung von Amtswegen in dem Gerichtsorganisations=Gesetze. Vgl. Edel, das k. bayer. Ges. v. 1. Juli 1856, 2. Aufl. S. 135.

lassen [13]), nicht minder Einstellung der gegen denselben anhängigen Exekutionen (unbeschadet der Ergreifung von Sicherheitsmaßregeln) zu verfügen [14]).

13) Dieses ist das in der GO. Kap. XIX §. 19 Nr. 1 und im Hypothekengesetze §. 118 erwähnte, in das Hypothekenbuch einzutragende obrigkeitliche Verbot. Vgl. Gönner im Komment. zum Hyp.-Ges. Bd. II S. 122 und im Handbuche Bd. IV Nr. LXXXII §. 23, wo jedoch bemerkt ist: „Der Kaufmann schließt seinen Laden nicht. Der Gutsbesitzer kauft und verkauft Vieh, Viktualien. Der Wirth treibt seine Wirthschaft fort, und ein Verkehr, der zum Gewerbe des Schuldners gehört, ist nicht als Veräußerung zu betrachten." — Gewisse Schranken dieses Verkehres vorzuzeichnen, wird meistens angemessen sein, indem er zu einer Verminderung der Substanz des Vermögens nicht führen darf.

14) Linde im Lehrbuche §. 432; Gönner im Handbuche Bd. IV S. 563. Nur von solchen Exekutionen handelt es sich hier, welche auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners gerichtet sind, nicht von der Erzwingung der Erfüllung in Betreff von Ansprüchen, welche im Konkursverfahren ein Separationsrecht für sich hätten. — Auch ist es zulässig, Renten und Früchte aus Immobilien des Schuldners sowie vorhandene Baarschaften oder auch Mobilien der in §. 21 der PO. Nr. 2, 4 bezeichneten Art während des Präliminarverfahrens (insbesondere auch während der Verhandlungen über ein Nachlaß- resp. Fristengesuch, soferne nicht eine Mehrheit gleich oder mehr bevorzugter Gläubiger widerspricht), im Wege der Exekution zur Berichtigung von Abgaben, grundherrlichen Gefällen u. d. g., so wie von Hypothekenzinsen und von Forderungen der in der PO. §. 21 Nr. 2—4 aufgeführten Kategorien in so weit zu verwenden, als zur Vermeidung eines nach §. 12 Nr. 4—9, §. 16 Abs. 2 und §. 21 Nr. 2—4 der PO. nicht bevorzugten Rückstandes erforderlich ist. Arg. GO. XIX §. 19 Nr. 5, wonach der Obrigkeit Partikularzahlungsanweisungen nur „während des

Sicherungsmaßregeln zur Verhütung nachtheiliger Veränderungen z. B. Obsignirung, Inventarisirung, Sequestration, Beschlagnahme von Aktivforderungen, Aufstellung eines intermistischen Kurators u. d. g. werden während des Vorbereitungsverfahrens auf Antrag von Gläubigern verfügt, wenn sie diesen Antrag durch Bescheinigung obwaltender Gefahr begründen, oder eine solche Einschreitung nach dem Stande der bereits eingeleiteten Exekutionen ohnehin an der Zeit wäre. Von Amtswegen Provisorien dieser Art zu treffen, rechtfertigt sich, wenn der Schuldner selbst seine Ueberschuldung angezeigt oder sich auf verdächtige Weise entfernt hat, oder wenn es sich von muthmaßlicher Ueberschuldung einer nicht angetretenen Erbschaft handelt [15]). Auch in anderen Fällen hat der Richter von den ihm zur Kenntniß kommenden Anzeigen bevorstehender Gefährdung den Gläubigern Nachricht zu geben, und, wo dringende Gefahr auf dem Verzuge, dieser durch geeignete amtliche Einschreitung zu begegnen.

Die Verhandlungen über die Gewährung der im vorigen Kapitel erörterten Rechtswohlthaten fallen häufig mit dem präparatorischen Verfahren zusammen. Einige derselben [16]) dienen, so wie zur Beschränkung des Exekutionsverfahrens, so zur Abwendung der allgemeinen Gant.

Die allgemeine Vorschrift, nach welcher jedem Urtheile Entscheidungsgründe beizufügen sind, gilt auch, soferne nur die Eröffnung des Konkurses von einer Seite bestritten

Konkurses" untersagt sind. S. auch §. 70 des Hyp.-Ges. und §. 13 der PO. Was nach der Ganteröffnung gestattet ist, erscheint vorher um so mehr als statthaft. Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 202.

15) Bayer a. a. O. §. 47.

16) Vgl. Kap. XVIII §§. 12, 13.

ist [17]), für das decretum de aperiundo concursu [18]). Ist Einverständniß der Betheiligten, des Schuldners und der gerichtsbekannten Gläubiger, über die Konkurseröffnung vorhanden, so fällt der Beschluß, daß die Gant zu eröffnen, mit dem, daß die Ediktalladung zu erlassen, zusammen [19]). Nur von diesem Falle gilt der Satz der GO., daß der Universalkonkurs mit dem Ausschreiben der Ediktstage anfange. In anderen Fällen ist es die Rechtskraft des Konkurs-Erkenntnisses, welche den Zustand des Universalkonkurses begründet [20]).

Durch die cessio bonorum (Kap. XVIII §. 14) wird das Konkursverfahren, insbesondere die förmliche Gantausschreibung (s. den folgenden §. 4) nicht ausgeschlossen [21]).

17) S. Aldosser in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 147.

18) Vgl. OAGE. vom 5. Dez. 1843 Nr. 1537 $^{11}/_{12}$. Eine kurze Motivirung beizufügen, ist auch in denjenigen Fällen angemessen, in welchen die Ganteröffnung nicht bestritten ist.

19) Ob dieses Zusammenfallen in dem Falle ausgeschlossen sei, wenn Gläubiger gegen die Konkurseröffnung protestirt haben, hängt davon ab, ob man den Gläubigern ein Berufungsrecht zugesteht oder nicht. Vgl. unten §. 4, I.

20) Die allgemeine Fassung der Worte der GO. erklärt sich durch die ältere Praxis, nach welcher auch in Fällen, in denen Einspruch gegen die Eröffnung des Konkurses vorlag, die Erlassung eines dem Ausschreiben der Ediktalladung vorhergehenden Konkurs-Erkenntnisses nicht üblich war, sondern der Beschluß, daß Universalkonkurs eintreten solle, überall durch sofortige Anschlagung der Proklame kund gegeben wurde. Vgl. GO. XIX §. 4 Nr. 5 mit den dazu gehörigen Anmerkungen.

21) Vgl. die Ausführung hierüber in den Bl. f. RA. Bd. X S. 145—9.

II.

Durch die Konkurseröffnung[22]) gehen zwar die Vermögensrechte selbst dem Schuldner nicht verloren, wohl aber die Detentions-[23]), Genuß- und Verfügungs-Befugnisse[24]). Aus den Vermögensrechten des Gemeinschuldners wird die (alsbald zu inventarisirende) Konkurs-Aktivmasse gebildet. Hierüber gilt der Grundsatz, daß alles

22) S. den vorletzten Absatz der Abth. I des vorliegenden §en.

23) Vgl. unten §. 17 Nr. 1.

24) Inwieferne diese schon in dem präparatorischen Verfahren entzogen werden können, ist in der Abth. I dieses §en vorgekommen. — Zufolge der Entziehung der gedachten Befugnisse darf der Gemeinschuldner nach erkannter Gant a) die Früchte, Zinsen und Renten seines Vermögens nicht mehr für sich beziehen; b) Nichts davon veräußern oder mit neueren Lasten beschweren, in welcher Beziehung die definitive Eintragung einer Dispositionsbeschränkung in den betreffenden Folien des Hypothekenbuches zu erwirken ist; — noch auch Erwerbe ausschlagen (s. unten §. 19); c) keine Prozesse über Vermögensrechte, in soweit Betheiligung der Gantmasse stattfindet, führen (fr. 17 pr. de receptis 4, 8), und d) keine Zahlung mehr aus dem Vermögen leisten. Bayer a. a. O. §. 23. — Die unter c) bezeichnete Prozeßführung, soweit sie nicht dem Konkursverfahren selbst anheimfällt oder von den Gläubigern freiwillig dem Schuldner überlassen wird, geht mit der Obhut und Verwaltung des Vermögens überhaupt an den curator bonorum über (s. unten §. 18), ohne daß jedoch der Schuldner zur Wahrung seines Interesse an der Theilnahme gehindert wäre. Vgl. OAGE. vom 7. Dez. 1844 Nr. 1281$^{12}/_{13}$. S. auch für den Fall, wenn die Gläubiger eines verklagten Gemeinschuldners, zur Wahrung ihres Interesse peremtorisch geladen, keine Erklärung abgegeben haben, — Bl. f. RA. Bd. VII S. 32.

Vermögen des Schuldners zur Gantmasse gehöre, welches außer dem Konkurse im Wege der Exekution angegriffen werden könnte [25]). Was insbesondere Forderungen und sonstige Ansprüche betrifft, so macht es keinen Unterschied, ob sie vorübergehend oder bleibend sind [26]). Die Ziehung zur Gantmasse umfaßt auch die in anderen Gerichtsbezirken oder im Auslande befindlichen Vermögensstücke [27]), nicht minder den vom Schuldner während des Konkursprozesses gemachten Erwerb [28]).

25) Bayer a. a. O. §. 25. Seuffert's Arch. Bd. II S. 448. Nicht zur Gantmasse gehören demzufolge fremde in den Händen des Schuldners befindliche Sachen, insoferne diesem kein fruchtbringendes Recht daran zusteht, eben so wenig der Substanz nach und abgesehen von Lehen- und Fideikommißschulden I. Klasse — Fideikommiß- und Lehengüter. Vgl. die Bestimmungen der Prioritätsordnung §. 2—6 über das Separationsrecht. — Bayer bemerkt, nach dem Gerichtsgebrauche pflege man die täglichen Kleider für den Gemeinschuldner und seiner Familie nicht zur Konkursmasse zu ziehen. Nach Welsch a. a. O. §. 32 ist dem Schuldner auch das nöthige Haus- und Küchengeräthe zu lassen. Die Vorschrift der Vdng. vom 1. Dez. 1804 Nr. 9, nach welcher Gewerbsrechte nie in eine Konkursmasse gezogen werden sollten, ist durch das Gewerbsgesetz vom 11. Sept. 1825 Art. 4 Nr. 1 aufgehoben worden. Bl. f. RA. Bd. V S. 185—7. — Ueber Freilassung von Ehrenzeichen vgl. fr. 29 de rebus auct. jud. (42, 5).

26) Fr. 69 §. 1 de legat. II (31).

27) S. hierüber oben §. 1. Ueber das Verfahren bei Herbeiziehung der zu einer Konkursmasse gehörigen, im Besitze dritter Personen befindlichen Gegenstände vgl. Seuffert's Archiv Bd. X S. 159.

28) Bayer a. a. O. §. 26. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 143, 150; Bd. IX S. 316; Bd. X S. 449.

Sind einzelne auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners gerichtete Exekutionen nicht schon in der Voruntersuchung sistirt worden, so geschieht die Einstellung[29] in Folge des Konkurserkenntnisses[30]). Alle Bestandtheile der Konkursmasse bilden nun im Allgemeinen (vgl. unten §. 15, 17) ein für die Konkursgläubiger gemeinschaftliches Exekutionsobjekt. Diese werden dadurch zwar nicht Eigenthümer der Aktivmasse, erlangen aber die Befugniß, unter richterlicher Auktorität Verwaltungsmaßregeln und Verfügungen darüber zu treffen, um den Zweck des Verfahrens, Befriedigung der Betheiligten, im möglich größten Umfange zu erreichen[31]).

Befand sich der Gemeinschuldner in einer auf das Vermögen bezüglichen Gesellschaft, so bewirkt der Ausbruch des Konkurses für die Zukunft Erlöschung dieses

29) Auch der vom Wechselgerichte eingeleiteten Exekutionen, soweit sie auf das Vermögen gerichtet sind. Vgl. WGO. Kap. XI §. 1; Novelle vom 1. Aug. 1816.

30) Bayer a. a. O. §. 27: „Im Konkursprozesse muß der Einzelne in der Regel abwarten, bis über die Liquidität sämmtlicher Ansprüche und über die Rangordnung derselben entschieden ist. Nur dann findet ausnahmsweise eine Vorauszahlung Statt, wenn nicht nur die Liquidität einer Forderung außer Zweifel, sondern auch vollkommene Gewißheit darüber vorhanden ist, daß diese Forderung nach dem Stande der Masse auf jeden Fall zum Zuge kommen werde.“ Vgl. unten §. 19 IV.

31) Der Satz „melior est conditio prohibentis gilt bei dieser Art von Gemeinschaft nicht, vielmehr entscheidet Stimmenmehrheit, nach der Größe der Forderungen berechnet, und vorbehaltlich richterlichen Ermessens. Der Richter wird ein vorzügliches Gewicht auf die Stimmen derjenigen Gläubiger legen, bei deren Befriedigung sich die Masse wahrscheinlich

Verhältnisses [32]). Diese Wirkung tritt aber nicht ein in Bezug auf Mieth= oder Pachtverhältnisse, in welchen der Gemeinschuldner als Lokator oder Konduktor steht [33]). Jedoch kann einem Verpächter nicht zugemuthet werden, das mit dem Gemeinschuldner als Pächter eingegangene Verhältniß nun mit den Gläubigern fortzusetzen [34]), und die Gläubiger sind dadurch, daß Gantsachen vermiethet oder verpachtet waren, an der Veräußerung derselben nicht gehindert [35]).

Schuldner des Gantirers können sich von dem Zeit=

erschöpfen wird; indem Gläubiger, welche jedenfalls zum Zuge kommen, ebenso diejenigen, welche jedenfalls durchfallen, als wahre Interessenten häufig nicht erscheinen. Vgl. Schweppe a. a. O. §. 55; Bayer a. a. O. §. 27, 28.

32) Fr. 65 §. 1 pro socio (17, 2).

33) Arg. GO. XVIII §. 6 Nr. 5. Vgl. Bayer. LR. Th. IV Kap. 6 §. 14 mit den Anmerk. zu diesem §en. S. jedoch in Ansehung fiskalischer Pachtverhältnisse Const. 2 de fund. rei privatae (11, 65). Vgl. Seufferts Archiv Bd. I S. 432, 433; Bd. V S. 108; Bd. VI S. 151.

34) Nach Analogie des Rechtssatzes, daß sich der Verpächter den Eintritt eines Afterpächters nicht gefallen zu lassen braucht, wenn er rechtserhebliche Ausstellungen gegen ihn hat. Vgl. Glück Komment. Bd. XVII S. 311. Bayer LR. Th. IV Kap. 6 §. 20 Nr. 1. Nun kann von einer Gutsverwaltung durch einen Massekurator in der Regel eine Bewirthschaftung, wie sie das Interesse des Verpächters erfordert, nicht erwartet werden.

35) Nach gemeinem Rechte wird angenommen, daß die Gläubiger auch abgesehen vom Verkaufe nicht verbunden sind, die vom Schuldner eingegangene Verpachtung fortdauern zu lassen. Glück Komment. Bd. XVIII S. 41. Bayer a. a. O. §. 31.

punkte an, da das Konkurs-Eröffnungsdekret öffentlich kundgemacht [36]) oder ihnen sonst (erweislich) kund geworden, durch Zahlung an den Schuldner nicht mehr befreien [37]), sondern haben zu Gerichtshanden oder an den curator bonorum (s. unten §. 18) zu zahlen. Wegen Forderungen gegen den Gemeinschuldner [38]), welche ein Schuldner desselben erst nach der Konkurseröffnung [39]) erworben hat, kann dieser die Berichtigung seiner Schuld an die Konkursmasse nicht verweigern [40]).

§. 4.

Von der Citation und Ausschreibung der Ediktstage.

I.

Dem Beschlusse, daß die allgemeine Gant zu eröffnen, folgt unmittelbar das Ausschreiben der Zeitbestimmungen für die Gantverhandlungen, mit der Ladung aller Gläubiger [1]). Jedoch muß die Rechtskraft des erwähnten Be-

36) Soferne nicht besondere Umstände (z. B. entferntes Domizil) es glaubhaft machen, daß die öffentliche Ausschreibung dem in Frage befindlichen Schuldner des Kridars unbekannt geblieben sei.

37) Arg. fr. 12 §. 2, fr. 34 §. 3, fr. 51 de solut. (46, 3). Bayer a. a. O. §. 33 Note 1.

38) Zu unterscheiden von Forderungen an die Konkursmasse z. B. wegen Lieferungen zum Fortbetriebe einer Wirthschaft auf Rechnung der Gläubiger.

39) Z. B. durch Cession von Seite eines anderen Gläubigers, oder in Folge einer von dem Gemeinschuldner begangenen rechtswidrigen Beschädigung.

40) Bayer a. a. O. §. 33.

1) Bei Ermangelung eines Einspruches, insbesondere von Seite

schlusses abgewartet werden [2]). Will der Schuldner dagegen appelliren [3]), so muß er dieses binnen 8 Tagen anzeigen und binnen 30 Tagen die Berufungsschrift einreichen, beide Fristen von Verkündung des Konkurserkenntnisses gerechnet [4]). — Ob auch Gläubiger gegen dieses Erkenntniß appelliren können, ist bestritten. Für die Bejahung der Frage spricht, daß die Konkurseröffnung die Exekution in Ansehung einzelner ausgestrittener Forderungen sistirt und die Lage der Gläubiger auch in anderen Beziehungen wesentlich verschlimmert [5]). In Erwägung dessen hat es allerdings den Anschein, daß ihnen das Beru-

des Schuldners, fällt der Beschluß der Ganteröffnung mit dem, die Ediktalien zu erlassen, zusammen. Vgl. §. 3 am Schlusse der Abth. I.

2) Soferne nämlich die Konkurseröffnung nicht mit Zustimmung aller Betheiligten geschah. S. die vorige Note.

3) Provisorische Verfügungen, welche das Gericht zur Sicherstellung gegen Verschleppungen und Dilapidationen nöthig findet, werden durch die Appellation des Schuldners nicht aufgehalten. Nov. vom 4. Jänner 1812 (Moritz Nov. S. III S. 240).

4) Vgl. GO. XIX §. 4 Nr. 5 mit der Novelle von 1837 §. 110 und 114. Die Anmeldung des Rechtsmittels binnen acht Tagen ist hier auch bei Oberberufungen erforderlich — §. 111 der Nov. v. 1837. — Wenn bei Rechtsmitteln gegen das Konkurserkenntniß die höhere Instanz findet, daß über Aktiv- und Passivstand noch nicht gehörige Klarheit obwalte, so ist das vorige Erk. nicht aufzuheben, sondern im Wege der Ergänzung das Geeignete in der Art zu verfügen, daß nach Erledigung der Ergänzungs-Entschließung die Akten wieder an den höheren Richter zur oberrichterlichen Urtheilsfällung eingesandt werden. OAGE. in Nr. 1537 11/12.

5) Bisher hatte Jeder einen Gegner, den Schuldner; nun treten ihm auch die anderen Gläubiger entgegen.

fungsrecht um so weniger entzogen werden könne, als dieses vom Gesetze im Allgemeinen sogar dritten Interessenten, welche vor dem Urtheile an den Verhandlungen keinen Theil genommen haben, eingeräumt ist [6]). — Da aber sowohl in der GO. als in der Novelle von 1837 §. 111 nur von Appellationen des Schuldners die Rede ist, so wird in der Praxis des OAG. angenommen, daß ein Berufungsrecht gegen das decretum de aperiundo concursu nur dem Schuldner zustehe [7]).

„Auf Appellationen des Schuldners gegen das Konkurserkenntniß ist die Vorschrift des §. 25 der Novelle von 1819, nach welcher eine Nebenverantwortung im Konkurse nicht stattfindet, deßwegen nicht anwendbar, weil sie die rechtskräftige Eröffnung des Konkurses voraussetzt [8]).

Wird das Konkurserkenntniß in der zweiten Instanz bestätigt, so kann die Beschwerde noch an die dritte gebracht werden [9]).

6) GO. XV §. 2.

7) Vgl. die Begründung dieser Ansicht aus den Motiven eines OAGE. in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 391 f. Vgl. auch Bd. XV S. 39. — Daß die Richtigkeit des in Bd. IX S. 393 unter Nr. 4 aufgeführten Grundes zu beanstanden sei, wurde bereits oben S. 401 Note 4 bemerkt. Allein auch der Umstand, daß GO. und Novelle nur von Appellationen des Schuldners sprechen, läßt sich so erklären, daß bei Entwerfung der gesetzlichen Vorschriften nur der gewöhnliche Fall vorgeschwebt habe, und an den seltener vorkommenden gar nicht gedacht worden sei.

8) Feust in den Bl. f. RA. Bd. X Nr. 23.

9) Nov. v. 1837 §. 114.

II.

„Die Ediktalcitation, kraft welcher alle Gläubiger, um ihre Forderungen zu liquidiren, und über den Vorzug miteinander zu streiten, ... vorgeladen werden, soll man nicht nur zu Jedermanns Wissenschaft öffentlich bei Gericht anschlagen, sondern auch jene Gläubiger, deren Forderungen vorher schon bei Gericht bekannt sind, durch ein Cirkularpatent vorrufen, und dasselbe von ihnen unterzeichnen, wie auch, wenn der Schuldner etwa mit fremden Kaufleuten, oder anderen Ausländern Verkehr und Handlung getrieben hat, die Proklame an einige ausländische Orte verschicken, und durch die Obrigkeiten dieser Orte gleichfalls öffentlich verkünden und anschlagen lassen.“

Hierüber ist zu bemerken:

1) Einrückung der Ediktalladung in öffentliche Blätter ist weder in der Gerichtsordnung noch in einem späteren Gesetze geboten [10]). Diese Art der Verkündung hat sich durch den Gerichtsgebrauch festgestellt [11]), ohne daß deßwegen der Anschlag am Gerichtsbrette unterlassen werden dürfte. Daß die Einrückung wenigstens dreimal geschehen müsse, läßt sich nicht behaupten. Insbesondere bei geringfügigen Massen ist auf möglichste Kostenersparung Rücksicht zu nehmen. In der Auswahl der Blätter ist der

10) Aldosser in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 147—8.

11) Exemplare der Blätter, in welchen die Ladung abgedruckt ist, sind zu den Akten zu nehmen. — Auch die affigirte Ediktalladung ist nach der Wiederabnahme zu den Akten zu nehmen, und zwar unter Beifügung eines Attestes darüber, wann, wo und wie lange sie am Gerichtsbrette angeheftet war. Lehner a. a. O. §. 77.

Kreis der Geschäftsverbindungen des Gemeinschuldners, soweit er dem Gerichte bekannt, zu berücksichtigen [12]).

2) Die gerichtsbekannten Gläubiger sind durch Cirkularpatent zu laden. Gegen einen gerichtsbekannten nicht in solcher Weise oder sonst speziell geladenen Gläubiger tritt keine Präklusion ein [13]). — Als gerichtsbekannt sind alle diejenigen Gläubiger anzusehen, von denen das Gantgericht schon zur Zeit der Ausschreibung der Ediktstage entweder aus dem Gantakte selbst oder aus den bereits vorliegenden Adhibend- oder Vorakten [14]) desselben, nament-

12) Wenn man Gläubiger-Ladungen in Konkursen von gering begüterten Bauern aus Landgerichtsbezirken, welche ferne von den Hauptstrassen des Verkehres liegen, z. B. in der Allgemeinen Zeitung lies't, so dringt sich der Gedanke auf, der Gerichtsvorstand habe bei der Auswahl dieses Blattes nichts Anderes bezweckt, als seinem Namen auf Kosten der Gantmasse gewissermassen eine europäische Celebrität zu verschaffen. — Blätter, welche weniger für die Einrückung berechnen, sollten, wenn es an deren gehörigen Verbreitung in dem bezeichneten Kreise nicht fehlt, vor anderen gewählt werden. — Bei Geschäftsverbindungen im Auslande hat die Einrückung auch in dort erscheinenden, oder solchen inländischen Blättern zu geschehen, deren Verbreitung im Auslande notorisch ist. Dabei sollte die gesetzlich angeordnete Verschickung an die Obrigkeiten der ausländischen Orte, mit welchen der Gemeinschuldner gerichtskundig Geschäfte gemacht, nicht unterlassen werden.

13) Wenn jedoch ein gerichtsbekannter, nicht speziell geladener Gläubiger am ersten Ediktstage erschienen ist, aber seine Liquidation nicht rechtzeitig eingebracht hat, so kann er die Unterlassung der gebührenden Spezialladung zur Vermeidung der Präklusion nicht weiter geltend machen. OAGE. vom 26. April 1845. Nr. 1237 11/42.

14) Insbesondere aus der Anzeige des Schuldners über den Passivstand.

lich der früheren Spezial-Streitakten, so weit sie beim Gantgerichte sich befinden, aus den mündlichen Verhörsprotokollen, den Grund- und Hypothekenbüchern, oder endlich aus sonstigen Quellen der Gerichtsnotorietät [15]) gewiß weiß, oder doch mit aller Wahrscheinlichkeit vermuthen muß, daß sie Forderungen an den Kridar haben. Daß dem Gerichte auch die Größe der Forderung schon bekannt gewesen, ist nicht erforderlich; eine nur unbestimmte Forderungs-Anmeldung giebt das Recht auf spezielle Ladung. — Zeigt sich aus den Hypothekenbüchern oder sonstigen Akten, daß einzudingende Forderungen einem Dritten verpfändet, oder als Kaution unterstellt sind, so ist auch dieser Dritte speziell mit vorzuladen [16]).

3) In der Ladung zu dem Ediktstage ist nebst dem Beschlusse der Konkurseröffnung die Androhung der Rechtsnachtheile auszudrücken, daß nämlich die Versäumung des ersten Ediktstages den Ausschluß von der Gantmasse, die Versäumung der folgenden aber den Ausschluß der betreffenden Prozeßhandlung nach sich ziehe.

4) Wenn zur Zeit der Erlassung der Ediktalladung aus den Erhebungen über den Vermögens- und Schuldenstand bereits erhellt, daß die ganze Masse von den bevorzugten Gläubigern verschlungen werde, so soll dieses in der Ladung der Gläubiger bemerkt, und das Verhältniß des Aktiv- und Passivstandes angegeben werden [17]).

III.

„Soll man auch nicht jeden Ediktstag durch ein besonderes Proklam, sondern alle drei in einem Proklame zu-

15) Z. B. Requisitionen anderer Gerichte.

16) Vgl. Aldosser in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 148—50.

17) Prioritäts-Ordnung §. 32. Lehner a. a. O. §. 74.

gleich ausschreiben[18]), und für den ersten Tag ad liquidandum wenigstens eine Frist von vier oder sechs, bei größeren Konkursen aber von acht oder zwölf Wochen, für den anderen Ediktstag ad excipiendum eben so viel, und endlich für den dritten ad concludendum vier Wochen[19]), jedesmal peremtorie et sub poena praeclusi anberaumen[20])."

Es gehört

1) zu den eigenthümlichen Vorzügen des bayerischen Gantprozesses, daß mit einem Male die Zeitbestimmungen für alle Verhandlungen dieser Prozeßart getroffen werden. Bedeutende Abkürzung ist, bei gehöriger Handhabung des Gesetzes, die wohlthätige Folge dieser Einrichtung.

2) Unter den Ediktstagen sind nicht Fristen, sondern Tagfahrten zu verstehen. Die hierüber früher bestandene, in der ersten Ausgabe umständlich erörterte Streitfrage ist durch das Gerichtsorganisationsgesetz vom 1. Juli 1856 Art. 16 Abs. 1 und 2 entschieden worden. Nach diesem fällt die Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen an den Ediktstagen hinweg und es ist den Betheiligten ge=

18) In einem Theile der fränkischen Provinzen ist es üblich, bei geringfügigen Konkursmassen für die Durchführung des ganzen Konkursverfahrens nur einen einzigen Ediktstag auszuschreiben. Dieses ist nun freilich kein gesetzliches Verfahren; allein seine Zweckmäßigkeit wird dadurch anerkannt, daß es ohne Einspruch von Seite der Betheiligten bleibt.

19) Statt „vier Wochen" wird in Gemäßheit der Novelle vom 9. Aug. 1810 (Nov. S. I S. 339) bei Ausschreiben der Ediktstage eine Zwischenzeit von „30 Tagen" bestimmt.

20) In Konkurssachen, wo Wechselschulden mit unterlaufen, sollen die Ediktstage, sonderheitlich der zweite und dritte in engeren Fristen angesetzt werden. Wechselgerichtsordnung von 1785 Kap. IX §. 5.

stattet, die treffenden Handlungen mit gleicher Wirksamkeit durch schriftliche Rezesse vorzunehmen. Letztere müssen spätestens am Schlusse des Kalendertages, auf welchen der betreffende Ediktstag angesetzt ist, bei Vermeidung des Ausschlusses in den Einlauf des Konkursgerichtes [21]) gebracht sein.

3) Der dritte Ediktstag soll [22]) in zwei Abtheilungen abgehalten werden, deren erste zur Aufnahme der Replikhandlungen, die zweite aber (auf 15 Tage später anzuberaumende) zur Duplik-Verhandlung bestimmt ist.

4) Das Verfahren an den Ediktstagen ist ein protokollarisches, jedoch in der Art, daß, wie bereits bemerkt, die Vorträge der Parteien in schriftlichen Rezessen übergeben werden können. Den Parteien bleibt es unverwehrt, auch künftig an den Ediktstagen persönlich zu erscheinen und die treffenden Handlungen zum Gerichtsprotokolle vorzunehmen. Sollte die große Zahl jener Gläubiger, die an einem Ediktstage erschienen sind, unmöglich machen, an einem Gerichtstage die von allen Erschienenen abzugebenden Erklärungen zu Protokoll zu bringen, so ist mit denjenigen Gläubigern, die den Gerichtstag abgewartet haben, an dem nächsten, beziehungsweise den folgenden Tagen die Fortsetzung und der Schluß der Verhandlungen zu pflegen [23]).

5) Einer am Ediktstage erschienenen Partei ist zur Vornahme der auf diesen Ediktstag gehörigen Prozeß-

21) Ist ein Landgericht zur Abhaltung der Ediktstage requirirt, so ist unter Konkursgericht jenes Gericht zu verstehen, welches die Prozeßhandlung vorzunehmen hat, zu welcher die einzureichenden schriftlichen Rezesse gehören. Edel, das Ges. v. 1. Juli 1856 S. 137.

22) Edel, das Ges. v. 1. Juli 1856 S. 139 Nr. 5.

23) Edel a. a. O. S. 136 und unten §. 5 III.

handlung, resp. zur Beibringung erforderlicher Behelfe eine Frist längstens bis zum nächsten Ediktstage [24]) zu bewilligen, wenn ihr Fristgesuch erhebliche, wenigstens bescheinigte Gründe für sich hat [25]). Nachdem der nächste Ediktstag herangekommen, können Nachträge zu den Verhandlungen eines früheren nur durch Restitution vermittelt werden. S. unten §. 16, II.

6) Sei ein Liquidant, in Ansehung der am ersten Ediktstage eingebrachten Liquidation, seiner Sache noch so gewiß, so fordert doch die Vorsicht, auch von den Verhandlungen der folgenden Ediktstage, insbesondere des zweiten, Kenntniß zu nehmen. Zuweilen werden aus der Luft gegriffene Einreden auf gut Glück entgegengesetzt, und der Haupteid darüber zugeschoben. Wenn nun der Liquidant es unterläßt, sich Kenntniß davon zu verschaffen und der Eideszuschiebung (deren Statthaftigkeit vorausgesetzt) die geeignete Folge zu geben, so kann diese Unthätigkeit die Zurückweisung der Forderung nach sich ziehen.

IV.

„Man soll auch „den Schuldner selbst, oder wenn er „nicht mehr bei Leben ist, seine Erben [26]), um den ge-

24) Oder, wenn es sich von der Handlung des letzten Ediktstages handelt, eine Frist von einigen Wochen.

25) Gönner im Komment. zur Novelle von 1819 S. 443 in der Note. — Vgl. OAGE. vom 9. Mai 1825 in Sachen Zahn gegen Lobsteinische Konkursmasse. — S. auch unten §. 9 Nr. 2 und Nr. 10, I. — Statt der Vornahme der Prozeßhandlung ein Fristgesuch anzubringen, ist jedenfalls eine gewagte Sache.

26) Ist die Verlassenschaft des Gemeinschuldners bei einem anderen Gerichte anhängig, und das Konkursgericht hat keine amtliche Kenntniß von den erbberechtigten Personen, so ist

„dachten Ediktstagen beizuwohnen, gleichfalls, jedoch nicht „edictaliter, sondern wenn man ihren Aufenthalt weiß [27]), „entweder unter Augen (persönlich), oder bei ihrem häus„lichen Anwesen nach Inhalt des 5. Kapitels §. 8 sub „poena praeclusi vorladen."

Offenbar ist die Betheiligung des Schuldners bei den Konkursverhandlungen, sowohl wegen seiner Nachhaftung gegenüber den Gläubigern, welche aus der Gantmasse nicht befriedigt werden, als auch wegen des Anspruches auf einen etwa sich nach Befriedigung der Gantgläubiger ergebenden Aktivrest. Nach gemeinem Prozesse wird zur Wahrung seines Interesse ein Kontradiktor aufgestellt [28]); in Bayern ist diese Aufstellung nicht allgemein üblich [29]), daher die Beiladung des Schuldners selbst angeordnet [30]).

§. 5.

Von dem ersten Ediktstage ad producendum et liquidandum.

I.

„Alle, und jede Gläubiger sollen sich bei Verlust ihrer Forderung [1]) an dem ersten Ediktstage melden, und es

die Ladung der Verlassenschaftsbehörde zur Uebermittelung an die Erben zu insinuiren. Bl. f. RA. Bd. IX S. 148.

27) Weiß man ihren Aufenthalt nicht, — in der Ediktalladung. S. jedoch die vorige Note.

28) S. Bayer a. a. O. §. 42, 43.

29) S. unten §. 18 Nr. II.

30) Diese Anordnung gilt aber auch da, wo die Aufstellung eines Kontradiktors üblich ist.

1) Vgl. hierüber unten §. 9 Nr. 2 und §. 20. Ueber amtliche

sind in Zukunft auch jene, welche bereits vorhin schon die Immission auf des Schuldners Güter erlangt, oder Faustpfänder in Händen haben, so wenig mehr als andere davon befreit [2])."

Hierüber ist zu bemerken:

1) Die Ediktalladung, lehrt Bayer, wirkt auf Diejenigen, „welche schon vor der Eröffnung des Konkurses Gläubiger des Gemeinschuldners waren, und welche rücksichtlich ihrer Forderungen aus Dem befriedigt werden wollen, was gegenwärtig zu dem Vermögen des Schuldners gehört. Nur diese sind Konkursgläubiger im eigentlichen Sinne des Wortes. Alle übrigen brauchen sich entweder gar nicht in den Konkurs einzulassen, und folglich auch nicht im Professionstermine zu erscheinen; — oder ihr Erscheinen nützt ihnen nichts."

Zur Meldung im ersten Ediktstage sind nicht gehalten

a) Gläubiger, deren Ansprüche und Forderungen nicht gegen den Gemeinschuldner gerichtet sind, namentlich Diejenigen, welche durch ein mit den Gantgläubigern selbst oder mit dem curator bonorum eingegangenes Rechtsverhältniß eine Forderung erworben haben [3]).

Rücksichtnahme auf die Rechte des Militärfiskus durch Anordnung nachträglicher Liquidation vgl. Bl. f. RA. Bd. XV S. 318. Ueber die Liquidation bei auf den Inhaber lautenden Partialobligationen ebd. Bd. XI S. 11 ff., Bd. XVI S. 367. Ueber Kompensation im Konkurse Bd. XV S. 99; Bd. XXII S. 401 ff.

2) Der Faustpfandgläubiger muß die Sache mit Vorbehalt seines Rechtes (Priorit.-Ord. §. 21 Nr. 1) an die Gantmasse abliefern. Inwieferne der Immittirte während des Konkurses im Besitze und Genusse bleibt, s. oben Kap. XVIII §. 6 Nr. 8.

3) Bayer a. a. O. Nach der Prioritätsordnung §. 31 scheint dieses nur von solchen Forderungen an die Gantmasse gelten

b) Gläubiger, deren Forderungen nicht auf Befriedigung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners [4]), sondern auf rein persönliche Leistungen, oder auf ein Unterlassen [5]) oder auf Herausgabe von Sachen gerichtet sind, aus welchen eine Mehrung der Aktivmasse durch Veräußerung nicht erzielt werden kann; wie dieses z. B. mit Urkunden der Fall ist, welche nicht (wie Schuldpapiere auf den Inhaber) die Eigenschaft einer Waare, sondern nur die eines Beweismittels haben [6]).

Steht aber wegen Nichterfüllung solcher Forderungen ein Entschädigungsanspruch im Hintergrunde, so ist die eventuelle Liquidation dieses letzteren im ersten Ediktstage anzubringen [7]).

c) Gläubiger, deren auf individuelle Sachen gerich-

zu können, welche nach der Eröffnung des Konkurses entstanden sind. Wenn aber im gegebenen Falle die Bildung einer Gläubiger-Genossenschaft und die provisorische Aufstellung eines Massekurators schon im präparatorischen Verfahren stattgefunden hatten, so ist es gleichfalls nicht der Gemeinschuldner, sondern die provisorisch gebildete Debitmasse, gegen welche z. B. durch Vorschüsse an den Güterpfleger, etwa zur Bewirthschaftung der Güter, Forderungen begründet wurden. — Indessen ist es immer räthlich, Forderungen solcher Art im ersten Ediktstage anzumelden.

4) Z. B. Wechselforderungen, soferne es sich von Exekution an der Person handelt. S. übrigens unten §. 13, 14.

5) Z. B. der Geltendmachung einer von dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung cedirten Forderung. Vgl. Bl. f. RA. Bd. X S. 35.

6) Beispiele solcher Forderungen s. in fr. 48 in fine, fr. 52 pr. de act. emt. vend. (19, 1); const. 24 de fideicommissis (6, 42).

7) GO. XIX §. 5 Nr. 3.

tete Forderungen zufolge besonderer gesetzlicher Vorschrift mit dem Separationsrechte versehen sind [8]).

Dagegen sind an die Geltendmachung im Liquidationstermine auch die Forderungen von Staatsabgaben und von Reichnissen aus den mannigfachen Formen des ehemals gutsherrlichen Verhältnisses gebunden [9]), nicht minder Forderungen von Alimenten [10]), Begräbnißkosten [11]), Gebühren für kirchliche Handlungen. Es macht ferner keinen Unterschied, ob der Gantirer als Hauptschuldner oder als Interzedent in Anspruch genommen werden will, ob die Forderung schon fällig ist oder nicht, ob sie auf einmalige Leistungen oder fortlaufende Reichnisse gerichtet, ob bei bedingten Ansprüchen die Bedingung schon eingetreten ist oder noch schwebt [12]), ob der Gegenstand der Forderung in baar Geld oder anderen Sachen besteht [13]). Was die Forderungen betrifft, welche bei Eröffnung des Konkurses schon rechtshängig sind, — s. unten §. 13.

Im ersten Ediktstage ist übrigens sowohl die Liqui-

8) S. die Prior.-Ordnung §. 3 Nr. 2, 3, §. 4—6. Separatisten auf dem Grunde von Eigenthumsrechten gehören nicht hieher.

9) Arg. §. 12 der Prioritätsordnung. S. jedoch oben S. 288 Nr. 6.

10) Vgl. über Alimentationsansprüche an die Gantmasse — Bl. f. RA. Bd. IX S. 276—9. Bd. XIV S. 217.

11) Vgl. den angef. §. 12.

12) Vgl. GO. XIX §. 5 Nr. 3; fr. 4 pr. de separat. (42, 6). In letzterem Falle kann vor der Hand nur Sicherstellung des künftigen Anspruches begehrt werden. Bayer a. a. O. §. 52 Note 3. Hieher gehört auch der eventuelle Regreßanspruch Desjenigen, der sich für den Gemeinschuldner verbürgt hat und aus der Bürgschaft belangt ist oder die Belangung erwarten muß.

13) S. jedoch oben lit. c. Auch Ansprüche aus Kaufgeschäften

dität als die (vom Liquidanten angesprochene) Priorität der Forderung zu zeigen. S. hierüber unten §. 10 und §. 15 Note 5. Landesherrliche Forderungen gegen verganteten Finanzbeamten, welche aus dem Rechnungswesen derselben herstammen, gehören bezüglich der Liquidität vor die Finanzstellen, und die Gantgerichte müssen sich hinsichtlich des Beweises solcher Forderungen mit den Verzeichnissen der Finanzbehörden begnügen [14]. S. unten §. 14 N. 2. Die Liquidationen im Konkurse haben (abgesehen von dem ebenerwähnten und von dem unten §. 13 zu erörternden Falle) die Eigenschaft einer Klage, daher denselben die allgemeinen Erfordernisse jeder Klage nicht fehlen dürfen [15]. —

II.

„Wer aber das jus separationis hat [16], ist nicht

auf Tradition verkaufter Sachen sind im Liquidationsverfahren anzubringen. S. überhaupt von der Geltendmachung von Ansprüchen aus Kaufgeschäften, wenn der Käufer oder Verkäufer auf die allgemeine Gant gerathen ist — Bayer a. a. O. §. 32.

14) GO. I §. 12 Nr. 8; Nov. vom 28. Febr. 1754 (Nov. S. v. 1811 S. 342). Vgl. Bl. f. RA. Bd. X S. 156 f. — (Was hier von der Anwendbarkeit der angef. Vdng. in den fränkischen Provinzen gesagt ist, ist mit Ausnahme des vormaligen Großherzogthums Würzburg und der ehemals hessischen und fuldaischen Aemter zu verstehen. Komment. Bd. I 2. Aufl. S. 8—10).

15) Dieses gilt auch von der Klagbitte; indessen versteht sich von selbst, daß jeder Liquidant Bezahlung der liquidirten Summe aus der Gantmasse sucht.

16) S. hierüber die §§en 2—6 der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822. Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 75. — Das Separationsrecht besteht überall in der Befugniß, gewisse Ver-

schuldig, sich in den Konkurs einzulassen, und im Falle er dieses freiwillig thut, so vergibt er dadurch an seinem Rechte Nichts, besonders wenn es nur mit Protestation und eventuell geschieht."

Die Bestimmung: „er ist nicht schuldig, sich in den Konkurs einzulassen" — will soviel sagen: Die Geltendmachung des Separationsrechtes ist nicht an den Gerichtsstand des Universalkonkurses, nicht an die Ediktstage, und eben so wenig an das eigenthümliche Verfahren des Universalkonkurses gebunden. Indessen kommt es häufig vor, daß der Berechtigte in Ansehung des Separationsrechtes seiner Sache nicht ganz sicher ist, und deßwegen seinen Anspruch vorsorglich bei dem Konkursgerichte im ersten Ediktstage anbringt. Darin liegt kein Verzicht auf das Separationsrecht, keine Unterwerfung unter die Rangordnung der Gläubiger. In Folge einer solchen Einlassung in das Konkursverfahren wird aber in dem Prioritätserkenntnisse mit rechtlicher Wirksamkeit nicht blos über den Anspruch überhaupt, sondern auch über die Frage des Separationsrechtes entschieden, und dieses zwar unter An-

mögensstücke aus der Konkursmasse, als dazu nicht gehörig, abzusondern. — Den Gegensatz bildet das Recht, aus den zur Konkursmasse gehörigen Vermögensstücken, nach Maßgabe der festzustellenden Priorität, Befriedigung für eine Forderung zu suchen und resp. zu erlangen. Ueber das Separationsrecht an einem Waarenlager und den Ausständen einer Handlung Bl. f. RA. Bd. XXI S. 168; über das an unbezahlten Waaren Seuffert's Archiv Bd. I S. 437; Bd. V S. 107; über das Separationsrecht für persönliche Klagen Bd. VI S. 147; über das Separationsrecht der Gläubiger einer Gesellschaft an dem Gesellschaftsvermögen ebd. S. 423; über das an einem Depositum zur Abwendung des Personalarrestes ebd. Bd. X S. 456.

wendung der eigenthümlichen Vorschriften, welche im Konkursverfahren, insbesondere über die Beweisführung gelten [17]). Anders verhält sich die Sache, wenn zur Geltendmachung des fraglichen Anspruches, z. B. auf Zurückgabe der dem Gemeinschuldner auf Kredit zugeschickten, in uneröffneten Päcken vorgefundenen Kaufmannswaaren, eine besondere Klage — außer dem Konkursverfahren — erhoben, in diesem aber blos vorsorglich — für den Fall des Mißlingens der Vindikation — der Waarenpreis liquidirt wurde. Hier kommen die besonderen Regeln des Konkursverfahrens nur in Ansehung der vorsorglichen Liquidation zur Anwendung.

III.

„Soll man den Gläubigern oder ihren Anwälten weder bei dem ersten, noch zweiten Ediktstage [18]) unnöthige Weitläufigkeiten, oder schriftliche Verhandlungen gestatten, sondern sie sollen sich mit ihrer Nothdurft in möglichster Kürze ad protocollum vernehmen lassen, und wenn die Forderung oder Exzeption so beschaffen ist, daß sie einer weitläufigen Erzählung oder Ausführung bedarf, so ist sie in einen schriftlichen, statt mündlichen Rezeß zu bringen, dieser sodann als Beilage dahin zu übergeben, und sich mit wenigen Worten in dem Protokolle darauf zu beziehen.“

Eine Bekräftigung dieser Vorschrift, das Verhandeln

17) v. Stürzer FGB. S. 898. Die Anwendung der besonderen Regeln des Konkursverfahrens kann auch nicht durch eine Protestation verhindert werden. Bl. f. RA. Bd. XI S. 397. Ueber die Prioritätsverhandlung mehrerer Separatisten unter sich vgl. Bl. f. RA. Bd. XI S. 248.

18) Ueber den dritten — s. unten §. 7.

in schriftlichen Rezessen betreffend, findet sich — für alle Ediktstage — in dem §. 34 der Novelle von 1819. Dabei ist verordnet, daß im Protokolle jede Forderung nach ihrer Eigenschaft bemerkt und deren Betrag ausgeworfen werden soll. Da das Ges. v. 1. Juli 1856 nur die Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen an den Ediktstagen aufgehoben hat, eine mündliche Liquidation und Verhandlung also noch immer statt haben kann, so gilt diese Vorschrift auch noch für solche, eben so die folgende.

„Wenn der ad producendum et liquidandum bestimmte Ediktstag wegen Menge der Schuldforderungen nicht hinreicht, so kann mit der Produktion und Liquidation den zweiten, dritten, vierten und die nächstfolgenden Tage so lange kontinuirt werden, bis von sämmtlichen Gläubigern, welche sich an dem ersten Tage gemeldet haben, Niemand mehr übrig ist."

Die Verlängerung auf die folgenden Tage abzuschneiden, lag bei der Bestimmung des mehrgedachten §. 34 in der Absicht des Gesetzgebers. — Wo die Verlängerung stattfindet, kann gleichwohl eine Liquidation, welche nicht schon vor Ablauf des als erster Ediktstag ausgeschriebenen Kalendertages angemeldet, resp. eingereicht worden, nicht mehr zugelassen werden. Für die Fälle solcher Verlängerungen, welche aber bei gehöriger Beobachtung der in Betreff der schriftlichen Rezesse bestehenden Vorschriften nur selten eintreten werden, ist allerdings ein s. g. Präsenzprotokoll, zur Konstatirung der Rechtzeitigkeit der gemachten Anmeldungen, nicht zu entbehren.

„Uebrigens soll man auch jede Forderung nicht besonders protokolliren, sondern sie sämmtlich der Ordnung nach, wie sie angegeben worden [19]), in ein Protokoll zu-

19) v. Stürzer bemerkt: „nach der Ordnung, wie die Gläubi-

sammentragen, dieses sogleich nach geschlossenem Ediktstage heften, paginiren und ad acta registriren zu lassen, welches bei dem zweiten und dritten Ediktstage gleichfalls wieder auf die nämliche Art geschehen soll."

Darin liegt, wie Kreittmayr in der Anmerk. lit. b. bemerkt hat, eine Besonderheit des bayerischen Konkursverfahrens, indem außer Bayern über die einzelnen Liquidationsposten in Spezial-Akten verhandelt zu werden pflegt[20].

Wie es bei Liquidationen von besonderer Weitläufigkeit zu halten — s. unten §. 14.

Von der Benützung des ersten Ediktstages zur Wahl des Massekurators — s. unten §. 18. Auch zu gütlicher Erledigung des Gantverfahrens, resp. zur Verhandlung über ein Nachlaß- oder Fristen-Gesuch des Schuldners wird der erste Ediktstag häufig benützt.

§. 6

Von dem zweiten Ediktstage ad excipiendum.

„Bei dem zweiten ad excipiendum anberaumten Ediktstage sollen

1) sämmtliche Exzeptionen, welche sowohl der Schuldner selbst, als jeder Gläubiger in puncto prioritatis, liquidationis, und sonst gegen die gestellten Forderungen und Ansprüche zu haben glaubt, ohne Ausnahme auf einmal, und zwar sub poena praeclusi angebracht werden"[1].

ger liquidiren, mit Nummern, jedoch auch einschaltungsweise mit Beziehung auf die Nummern der Präsenz."

20) S. jedoch Bayer a. a. O. §. 53.

1) Eine Einrede kann übrigens auch im Konkursprozesse nur dann auf richterliche Würdigung Anspruch machen, wenn sie

Jedem einzelnen Gläubiger steht im Konkursverfahren nicht blos der Schuldner, sondern auch jeder andere Gläubiger gegenüber. Wo ein Kontradiktor aufgestellt wurde, besteht seine Aufgabe gerade in Bekämpfung der liquidirten Forderungen, soweit ihm nicht Ueberzeugung von deren Richtigkeit verschafft ist.

Unter dem Anbringen „sämmtlicher Exzeptionen" ist hier auch die verneinende Streiteinlassung verstanden. Forderungen, welche von keiner Seite widersprochen wurden, sind für eingestanden zu erachten [1a]), so daß es auf eine Beweisführung darüber nicht mehr ankommt [2]).

Die Vorschrift des §. 19 der Novelle von 1837, nach welcher der allgemeine Widerspruch keine rechtliche Wirkung hat, und jeder nicht besonders und bestimmt widersprochene Thatumstand für zugestanden angenommen wird, gilt auch für das Konkursverfahren [3]).

2) „Wird auch durch das von Seite des Schuldners erst nach erregtem [4]) Konkurse erfolgte Geständniß, oder

ausdrücklich und speziell einer bestimmten Forderung entgegengesetzt wurde oder sich in der Art aus den Akten ergibt, daß sie vom Richter supplirt werden muß. Bl. f. RA. Bd. XII S. 44. 286.

1a) Welsch a. a. O. §. 59 S. 127, IV. OAGE. vom 13. März 1832 (Wiesinger ca. Kneipelische Konkursmasse).

2) Vgl. die Ausführung dieses Lehrsatzes in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 153—56. Eine andere Ansicht hat ebendaselbst S. 152—3 Albosser zu begründen gesucht.

3) OAGE. vom 7. Febr. 1843 (Nr. 1537$^{10}/_{11}$). Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 156 Note 18; Bd. XI S. 396; Bd. XII S. 27 *); Bd. XVI S. 176 Nr. 5.

4) In den neueren Ausgaben (seit der amtlichen von 1810) findet sich statt „erregtem" die wesentliche Variante „eröffnetem."

die Agnition einer Schuldforderung ohne andere dazu kommende erhebliche Beweismittel den Mitgläubigern an ihren rechtlichen Einwendungen dagegen Nichts benommen und präjudizirt, wohl hingegen kommt jedem aus ihnen zu Gute, was der Schuldner gegen diese oder jene Forderung mit Recht wirklich eingewendet oder wenigstens einzuwenden gehabt hat."

Daß der Konkurs als „erregt" gelte, wenn das obrigkeitliche Dispositionsverbot an den Gemeinschuldner ergangen ist, unterliegt keinem Zweifel [5]). Geständnisse, welche vor diesem Verbote erklärt wurden, sind nach den allgemeinen Grundsätzen [6]) zu beurtheilen [7]). Zu diesen gehört es, daß die Beweiskraft des außergerichtlichen Geständnisses von den Umständen abhängt, unter welchen es abgelegt worden [8]). Ein Geständniß, welches ein Schuldner in seiner Insolvenz-Erklärung, oder in Darlegung seines Passivstandes über Forderungen ablegt, welche nicht

S. unten die Noten 7 und 12. Da keine Absicht kundgegeben wurde, in den neueren Ausgaben Aenderungen des Textes zu treffen, so kann man die Abweichungen nicht auf Rechnung des Gesetzgebers schreiben. Vgl. OAGE. in Nr. 1370 13/11.

5) Aldosser in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 275.

6) Besondere Vorschriften gelten für den Beweis der Illaten durch Geständniß des Mannes. GO. XX §. 6 Nr. 5 — 8. Vgl. Bl. f. RA. Bd. IV S. 215 f.

7) Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 323. (In dem allegirten Aufsatze ist — zufolge der Leseart der älteren Ausgaben der GO. — „erregtem" statt eröffnetem" Konkurse zu setzen.)

8) Komment. Bd. III S. 274 f. Ueber die Beweiskraft, welche dem in einer Kriminalsache abgelegten Geständnisse beizumessen — Bl. f. RA. Bd. I S. 47.

eingeklagt sind, hat die Eigenschaft eines außergerichtlichen [9]). Die Umstände, daß durch die Insolvenzerklärung die Sistirung anhängiger Exekutionen erstrebt wurde [10]), oder daß die Anerkennung einzelner Forderungen dem ohnedieß überschuldeten Schuldner keinen Nachtheil bringt [11]), lassen hier den animus confitendi, d. h. die Absicht, nach Ueberzeugung die Wahrheit zu sagen, in Zweifel ziehen. Deßwegen ist einem solchen Geständnisse, obwohl es noch vor förmlicher Eröffnung des Konkurses und etwa auch vor dem provisorischen Dispositionsverbote abgelegt worden, keineswegs die Kraft vollständigen Beweises, sondern nur die Wirksamkeit eines Behelfes beizumessen [12]). Selbst dieses beschränkte Gewicht verschwindet, wenn besondere Verdachtsgründe vorliegen, daß gewisse Angaben auf gefährdevoller Erdichtung beruhen; sei es, um für den Gemeinschuldner selbst Vermögenstheile zu retten, oder diese Angehörigen zuzuwenden [13]), oder etwa um eine fiktive Majorität zur Bewilligung von Nachlässen oder Fristen zu bilden. Auf der anderen Seite können die Umstände so beschaffen sein, daß sie der Beweiskraft des aus solchem

9) Komment. a. a. O. Note 31.

10) S. oben S. 401.

11) Die Möglichkeit einer künftigen melior fortuna erscheint als ein zu entferntes Motiv.

12) Auch dieses liegt wohl im Sinne der GO. nach dem ursprünglichen Texte. S. oben Note 4. — Will ein Gläubiger das vom Gemeinschuldner vor dem eigentlichen Konkursverfahren erklärte Geständniß zum Beweise benützen, so muß er ausdrücklich und rechtzeitig darauf Bezug nehmen. OAGE. vom 6. Juni 1845 Nr. $1370^{13}/_{11}$.

13) Vgl. GO. XX §. 6 Nr. 5 und die Anmerk. zu dieser Stelle. Bayer a. a. O. §. 61 Note 5.

Anlasse abgelegten Geständnisses zu Gute kommen. Widerspricht der Gemeinschuldner das Dasein der Ueberschuldung, so ist das in der Debitverhandlung über einzelne Forderungen erklärte Bekenntniß im Allgemeinen für glaubwürdiger zu halten, als in dem anderen Falle, wenn er etwa die Insolvenz selbst zur Anzeige gebracht hat.

In Verbindung mit anderen für die richterliche Ueberzeugung wirksamen Behelfen kann auch das nach eröffnetem Konkurse erklärte Geständniß des Gemeinschuldners volle Probe machen [14]).

Jeder Gantgläubiger kann gegen Mitgläubiger die für den Schuldner begründeten Einreden gebrauchen, sollten diese auch (bei Hypothekforderungen) aus dem Hypothekenbuche nicht ersichtlich sein, vorausgesetzt natürlich, daß die Forderung von dem ursprünglichen Gläubiger oder dessen Gantgläubigern liquidirt wird [15]).

Machen nicht die Mitgläubiger, wohl aber der Schuldner Einwendung gegen eine Forderung, so kommen diese gleichwohl auch jenen zu Gute [16]).

3) „Die von einem Gläubiger gemachte Exzeption kann den anderen Mitgläubigern in soweit nützlich sein, als ihrerseits etwa die nämliche causa contradicendi vorhanden ist."

Die nämliche causa contradicendi ist überall vorhanden, wo sich die Einrede nicht auf ein besonderes Rechtsverhältniß des Exzipienten, z. B. auf einen Vertrag gründet, durch welchen sich der Liquidant anheischig gemacht hat, seine Forderung nicht zum Nachtheile des Exzipienten

14) OAGE. vom 1. Januar 1844 Nr. 861 10/41.

15) §. 46 des Hyp.-Ges. vgl. mit §. 26 Nr. 4.

16) Kreittmayr in den Anmerk. lit. b. a. E.

geltend zu machen. — Uebrigens bezieht sich die hier in's Auge gefaßte Vorschrift auf das Verhältniß mehrerer Gantgläubiger als solcher — in Bezug auf Befriedigung aus der Gantmasse, und kann daher nicht angerufen werden, wenn die Haftung eines vormaligen Gantgläubigers in der Eigenschaft als Mitschuldner in Frage steht [17]).

4) „Wie weit das richterliche Amt sich hinsichtlich der Supplirung unterlassener Exzeptionen erstrecke, ist bereits oben Kap. 6 §. 9 erörtert, welches auch in dem Konkursprozesse allerdings Platz greift [18])."

§. 7.

Vom dritten Ediktstage ad concludendum.

„Bei dem dritten und letzten Ediktstage ist zwar sowohl dem Schuldner gegen die Gläubiger, als diesen unter sich mit ihrer Replik und Duplik gegeneinander zu verfahren gegönnt, jedoch soll dieses keineswegs durch ordentlichen Schriftenwechsel, sondern nur vom Munde aus in die Feder mit möglichster Kürze, oder mittelst Uebergebung eines schriftlichen statt mündlichen Rezesses geschehen, auch über den Dupliksrezeß keinem Gläubiger eine weitere Handlung mehr gestattet, sondern damit beschlossen, oder wenn sich die Parteien nicht selbst dazu anschicken wollen, die causa ex officio pro conclusa angenommen werden."

Wie der dritte Ediktstag in zwei Tagfahrten zerfalle, die eine zur Replik-, die andere zur Duplikhandlung bestimmt, ist bereits oben S. 418 bemerkt worden.

17) Bl. f. RA. Bd. IV S. 11.

18) Nicht aber in Bezug auf Forderungen, welche nach ihrer Liquidität und Priorität von keiner Seite widersprochen worden sind. Bl. f. RA. Bd. V S. 160.

Der Satz, daß keinerseits widersprochene Thatsachen als eingeräumt gelten, findet auch auf Einreden, Repliken u. s. w. Anwendung.

Von Handlungen in Bezug auf Beweisführung, welche am dritten Ediktstage vorkommen, wird in den folgenden §§. 10—12 gesprochen werden.

§. 8.

Von der Legitimation bei dem Konkurse.

Mängel der Legitimation, sowohl zur Sache als zum Prozesse [1]), werden im Konkursverfahren nicht beachtet, wenn nicht darüber vom Schuldner selbst oder einem Gläubiger Etwas eingewendet worden [2]). Im Falle eine solche Einwendung geschehen und der Mangel bis zum Prioritätserkenntniß nicht gehoben wurde, so wird in diesem die Forderung, wenn es an der Liquidation nicht fehlt, an der gebührenden Stelle mit Auflage der noch innerhalb eines präklusiven unerstrecklichen [3]) Termines von dreißig Tagen beizubringenden oder zu verbessernden Legitimation lozirt [4]). Ueber die zur Berichtigung des Legitimations=

1) GO. XIX §. 8 Nr. 1—3. Gönner Komment. zur Nov. v. 1819 S. 460.

2) GO. a. a. O. Nr. 7; Nov. v. 1819 §. 36. Ueber den Gemeinschuldner als Vertreter von Gläubigern vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 262; über Vertretung der Besitzer von auf den Inhaber lautenden Partialobligationen durch den Emittenten im Konkurse des Schuldners vgl. Bl. f. RA. Bd. XI S. 11; Bd. XVI S. 367.

3) Novelle von 1837 §. 113.

4) Novelle von 1819 §. 36. Nach der GO. a. a. O. Nr. 1 hatte es die Präklusion der Forderung zur Folge, wenn

punktes beigebrachten Beweise ist sodann die Erklärung der betheiligten [5]) Gläubiger zu erholen, und im Falle einer Beanstandung nachträglich zu entscheiden [6]).

„Jene, welche in einer Schuldforderungssache vorher schon bei dem nämlichen Gerichte ad totam causam bevollmächtigt gewesen sind, brauchen auf den Fall, wenn sich nachher in der Exekution selbst, oder sonst ein Konkurs ergibt, keine neue Vollmacht, sondern es ist genug, wenn sie sich auf die vorige Vollmacht berufen [7])."

§. 9.

Von der Kaution, Rekonvention und Kommunikation, dann der contumacia und den Terminen.

1) „Juramentum calumniae, wie auch cautio de judicio sisti, aut judicatum solvi darf weder dem Schuldner, noch einem Gläubiger in concursu zugemuthet werden, und eben so wenig greift auch die Rekonvention darin Platz."

Die Bestimmungen der GO. über Gefährdeeid und Prozeß-Kautionen sind auch für das gewöhnliche Verfahren durch neuere Gesetze großentheils entkräftet worden. Vgl. Komment. zu Kap. VIII §. 5 und Kap. XIII §. 6. Im Konkursverfahren kann auch dem liquidirenden Ausländer eine Kautionsleistung nicht angesonnen werden [1])."

von einem Liquidanten die Berichtigung des Legitimationspunktes nicht schon im ersten Ediktstag beigebracht war. S. jedoch Nr. 6 desselben §en.

5) D. h. derjenigen, welche der fraglichen Forderung nachgehen, oder mit ihr zu verhältnißmäßigem Zuge kommen.

6) Gönner a. a. O. S. 463.

7) GO. a. a. O. Nr. 4.

1) Nov. v. 1819 §. 8, I.

2) „Obgedachte drei Ediktstage, oder Termine ad producendum, excipiendum et concludendum sollen auch auf das genaueste beobachtet, und, wenn sie einmal ausgeschrieben sind, weder auf Instanz der Parteien, noch von Amtswegen verlängert werden, auch ist es nicht nöthig, jene, welche sich in Beobachtung der jetzt erwähnten Termine säumig finden lassen, des Ungehorsams zu akkusiren, oder die Insinuation zu doziren, noch ein besonderes Kontumazialerkenntniß darüber ergehen zu lassen, sondern wer bei dem ersten Ediktstage entweder gar nicht erscheint, oder sonst die Schuldigkeit nicht beobachtet, wird in dem Haupt- und Prioritätserkenntnisse gänzlich ausgeschlossen."

Das Verbot der Verlängerung der Ediktstage schließt es nicht aus, einzelnen Betheiligten in der oben S. 418 Nr. 5 angegebenen Weise Fristen zu bewilligen [2]).

Es ist eine Eigenthümlichkeit des bayerischen Gantprozesses, daß der Rechtsnachtheil der Präklusion durch eine Ungehorsams-Beschuldigung nicht bedingt ist [3]).

Die Insinuation der Ladung an die gerichtsbekannten Gläubiger (s. oben §. 4, II, Nr. 4) muß allerdings „dozirt" werden, durch Botenbuchsauszüge oder Beiheftung des mit Insinuationsbescheinigungen versehenen Cirkularpatentes [4]). Wie die Kundmachung der Ediktalladung zu den Akten beglaubigt werde, s. oben S. 414 Note 11.

2) Kreittmayr in der Anmerk. lit. b. „Der codex läßt es bei dem alten Herkommen, nach welchem wenigstens die ausgeschriebenen Ediktstage keine Dilation mehr zulassen." S. auch unten §. 10, I.

3) S. Bayer a. a. O. §. 56.

4) v. Stürzer CGB. S. 904 lit. c.

Daß es nach dem neueren Rechte die Präklusion nicht nach sich ziehe, wenn die Berichtigung des Legitimationspunktes im ersten Ediktstage versäumt worden, ist im vorigen §. vorgekommen. Aber auch die Nichtbeobachtung der Vorschrift, mit dem Anbringen der Forderung im ersten Ediktstage sogleich den Beweis zu verbinden (§. 10 Nr. 2), hat keine nachtheilige Folge, wenn die Forderung im 2. Ediktstage von keiner Seite widersprochen wird [5]).

3) Was in oder zu den Verhandlungen an den Ediktstagen [6]) protokollarisch erklärt oder in schriftlichen Rezessen, resp. Beweisstücken eingereicht worden, wird nicht durch richterliche Kommunikativ-Dekrete zur Kenntniß der anderen Betheiligten gebracht, sondern es „steht sowohl dem Schuldner, als jedem Gläubiger frei, nicht nur sämmtliche Konkursakten in praesentia judicis, actuarii, vel registratoris ad statum videndi zu nehmen, sondern auch Abschriften davon zu begehren."

§. 10.

Von dem Beweise überhaupt und insonderheit durch die Gezeugschaft.

I.

„In dem Konkursprozesse soll der Richter keiner Partei den Beweis durch Vorbescheid auflegen, sondern jeder Gläubiger dießfalls seine Nothdurft selbst ohne Erwartung

5) Bl. f. RA. Bd. IX S. 153—6.

6) Von den Verhandlungen, welche nicht so genau an die Ediktstage gebunden sind (§. 10 Nr. 7, 8 §. 12 a. E.), somit von den gesonderten Liquidationen (§. 13, 14) gilt dieses nicht.

eines richterlichen Auftrages beobachten, mithin alles Dasjenige, was sowohl zum nöthigen Beweise der Schuld, als des Vorzuges gehört, gleich am ersten Ediktstage bei Verlust derselben übergeben, und es nicht erst auf den zweiten oder dritten Ediktstag versparen."

Die Regel, daß im Gantprozesse keine beweisauflegenden Vorbescheide stattfinden, gilt allgemein, sowohl für den Beweis der Forderungen, als auch für den von Einreden, Repliken u. s. w., sowohl für die Hauptsache als für Inzidentpunkte. Jedes (relevante) faktische Vorbringen, für welches der Beweispflichtige [1]) nicht aus eigenem Antriebe den Beweis rechtzeitig beigebracht hat, ist ohne rechtlichen Einfluß auf das Prioritätserkenntniß [2]). Es ist hier aber nur von nöthigem Beweise die Rede; über Thatumstände, welche von keiner Seite widersprochen wurden, ist Beweisführung unnöthig. (S. oben §. 6 Nr. 1.)

Die Beibringung der Beweise liquidirter Forderungen ist an den ersten Ediktstag gebunden [3]). Inwieferne hier die

1) Die Beweispflicht richtet sich auch im Gantprozesse nach den allgemeinen Grundsätzen. Auch im Gantverfahren braucht das Gerichtsnotorische nicht bewiesen zu werden. Im Falle aber das angebliche notorium des Beweises bedarf (GO. XII §. 5), gelten für diesen dieselben Zeitbestimmungen, wie für Beweisführungen im Gantverfahren überhaupt.

2) OAGE. vom 6. Juni 1845 (Nr. 1370 13/11.

3) Werden durch die im zweiten Ediktstage entgegengesetzte s. g. exc. non num. pecun. oder legis Anastas. weitere Vorlagen zur Aufrechthaltung der Liquidation nothwendig gemacht, so schadet es nicht, daß letztere nicht schon am ersten Ediktstage beigebracht worden sind. OAGE. vom 6. Juni 1845 Nr. 1370 13/14.

Bewilligung eines Fristgesuches stattfinde, ist oben S. 418 bemerkt worden. Die Nachbringung neu aufgefundener [4]) oder erst später verfügbarer Beweise unterliegt keinem Bedenken [5]).

Was Einreden, Repliken u. s. w. betrifft, so „ist man „mit dem Beweise weder durch Zeugen noch Dokumente „an die Ediktstage so genau gebunden: doch soll man auch „hierin keine unnöthigen und verzögernden Weitläufigkei„ten gestatten, sondern den Beweis möglichst durch abge„kürzte peremtorische Termine zu beschleunigen trachten [6])."

Wenn im zweiten Ediktstage eine Einrede ohne gleichzeitige Beibringung von Beweisen vorgetragen und dabei um Bewilligung einer Frist zur Beweisführung gebeten wird [7]), so ist die Bewilligung derselben durch Er-

4) Diese Eigenschaft ist durch körperlichen Eid oder sonst in continenti darzuthun.

5) S. GO. XIX §. 10 Nr. 7, §. 11 Nr. 1. In Nr. 7 des §. 10 ist nur von neu aufgefundenen Beweisen, resp. Ansprüchen die Rede. Allein es wird dann fortgefahren: „In diesen und dergleichen Fällen u. s. w. S. den folg. §en Nr. 1.

6) GO. XIX §. 10 Nr. 7, 8.

7) Daß die Vergünstigung, nicht so genau an den Ediktstag gebunden zu sein, ein solches Fristgesuch erfordert, erhellt aus dem Nachsatze, welcher von dem Umfange richterlicher Gestattung (Fristbewilligung) spricht. — In der Praxis ist man häufig laxer, und läßt Nachbringung von Beweisen der Einreden u. s. w. bis zum Prioritätserkenntnisse zu, auch wenn Fristgesuche an den Ediktstagen nicht gestellt worden. — Strenger hingegen ist die Doktrin, welche die Beweisführung auch von Einreden u. s. w. an die Ediktstage bindet. Miltner a. a. O. S. 246; Welsch a. a. O. §. 59, 60; v. Stürzer CGB. S. 905. S. auch OAGE. in Nr. 1370 13/14.

wähnung und Bescheinigung eines Hindernisses nicht bedingt, jedoch auf einen Theil des Zeitraumes bis zum folgenden Ediktstage zu beschränken [8]).

In solchem Falle sind auch die Gegenbetheiligten mit der Erklärung auf die Beweisantretung und mit der Beweisanfechtung an den dritten Ediktstag nicht gebunden, vielmehr ist ihnen hiezu von Amtswegen eine angemessene [9]) Frist mit Androhung des Ausschlusses vorzustecken, und das Beweisverfahren im Uebrigen „in möglichster Beschleunigung durch abgekürzte peremtorische Termine [10])" zu pflegen.

Was vom Beweise der Einreden Rechtens ist, gilt auch für den Beweis der Repliken u. s. w., nicht minder für (direkte) Gegenbeweisführungen.

II.

„Was den Beweis durch Zeugen insbesondere betrifft, so soll man [11]) gleich an dem ersten Ediktstage [12]) sub poena praeclusionis [13]) die Probatorialartikel sammt

8) Diese Beschränkung rechtfertigt sich durch natürliche Deutung der Gesetzesworte: „nicht so genau gebunden."

9) Unbillig scheint es, in Folge des Umstandes, daß sich ein Exzipient mit dem Beweise der Einrede „nicht so genau an den Ediktstag gebunden," die Gegenbetheiligten an der Frist zur Erklärung und Beweisanfechtung zu verkürzen.

10) In Konkurssachen, wo Wechselschulden mit unterlaufen, soll der allenfalls vorkommende Beweis und Gegenbeweis durch abgekürzte peremtorische Termine von 8 Tagen beschleunigt werden. WGO. XI §. 5.

11) Insoweit hier nichts Besonderes verordnet ist, kommen die allgemeinen Grundsätze vom Zeugenbeweise zur Anwendung. S. oben Einleitung Note 4.

12) Vgl. GO. XIX §. 10 Nr. 6.

13) Es handelt sich hier vom Beweise angebrachter Forderungen.

dem directorio und der denominatione testium überreichen, worüber sodann an dem anderen Ediktstage entweder von dem Schuldner selbst, oder den Mitgläubigern" mit der Erklärung über die Beweisantretung und etwaigen Beweiseinreden zu verfahren ist [14]). Hierauf wird (in der Zeit zwischen dem zweiten und dritten Ediktstage) nach den Bestimmungen des §. 46 der Nov. v. 1837 [15]) zum wirklichen Zeugenverhöre geschritten, und sofort jedem Interessenten Einsicht der Vernehmungsprotokolle gestattet, auch am dritten Ediktstage ein peremtorischer Termin zur Einreichung von Disputirsätzen vorgesteckt. Nach dem Ablaufe dieses Termines wird die Sache als beschlossen angenommen.

Modifikationen erleidet dieses Verfahren, wenn die Antretung des Beweises zufolge erwirkter Fristbewilligung oder wegen neuerlicher Auffindung der Zeugen erst nach dem ersten Ediktstage eingereicht wurde [16]). Daß in solchem Falle das Verfahren auch in seinem Fortgange nicht an die Ediktstage gebunden werden kann, ist eine natürliche Folge. Auch die Unternehmung eines Gegenbeweises wirkt in so ferne eine Aenderung des Verfahrens, als die Vorschrift, nach welcher die Aufnahme der Beweise und Gegenbeweise gleichzeitig stattfindet [17]), auch im Konkursprozesse zur Anwendung kommt.

14) Nach der Vorschrift der GO. sollten die Beweisartikel im 2ten Ediktstage „sub poena liquidi et confessi" mit den in Kap. X §. 7 Nr. 2 bezeichneten Erklärungen beantwortet werden. Dieses fällt jetzt weg. Vgl. §. 109 der Nov. v. 1837 mit §. 11 der Nov. v. 1819.

15) v. Stürzer CGV. S. 905. Von vorgängiger Einreichung von Interrogatorien ist in Bezug auf das Gantverfahren weder in der GO. noch in einer der Novellen die Rede.

16) S. oben §. 4 S. 418 Nr. 5.

17) Nov. v. 1837 §. 44.

§. 11.

Von dem Beweise durch Dokumente[1]).

„Die zur Liquidation der eingeklagten Schuldforderungen nöthigen Dokumente sollen

1) außer den obgedachten speziellen Fällen ebenfalls sub poena praeclusionis ohne Unterschied, ob sie bei dem nämlichen oder einem anderen Richter schon einmal produzirt worden sind[2]), an dem ersten Ediktstage in forma probante produzirt werden."

Die Worte „außer den obgedachten speziellen Fällen" beziehen sich auf die Vorschriften des §. 10 Nr. 7 und 8. Nachbringung ist bei neu aufgefundenen und bei erst später verfügbaren[3]) Dokumenten gestattet[4]). Unter den „dergleichen Fällen" zuläſſiger Ausnahme ist auch die Vorlage der Handelsbücher von Liquidanten zu begreifen, welche in weiter Entfernung vom Sitze des Gantgerichtes wohnen, und demzufolge verlangen können, daß der Produktionsakt bei dem (zu requirirenden) Gerichte ihres Wohnortes stattfinde[5]).

1) Fragen, über welche hier nichts Besonderes vorkommt, sind nach den allgemeinen Grundsätzen vom Urkundenbeweise zu beantworten. S. oben Einleitung, Note 4.

2) S. jedoch unten §. 13.

3) Worüber etwa ein Editionsstreit bereits schwebt, oder während des Gantverfahrens inzidenter zu führen ist. — In Bezug auf verloren gegangene Urkunden s. GO. XI §. 12.

4) S. §. 10 Note 5.

5) Kein Kaufmann kann seine Handelsbücher auf Wochen oder gar Monate ohne wesentliche Störung der Geschäftsordnung

Befinden sich die Beweisstücke in anderen Akten des Gantgerichtes oder besteht das Beweismittel gerade aus diesen anderen Akten, so hat Liquidant dieselben, resp. die relevanten Aktenstücke [6]) genau zu bezeichnen, und deren Adhibirung zu beantragen [7]). Hypothekforderungen sind, unter Bezug auf den Inhalt des Hypotheken=

entbehren; darin liegt ein Hinderniß, welches die hier gemachte Ausnahme hinreichend motivirt. Vgl. die gründliche Ausführung von Feust in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 65—74; Bd. IX S. 404 f. (vgl. Bd. X S. 256). Komment. über die GO. Bd. III S. 194. — Es ist aber jedenfalls eine gewagte Sache, die Vorlage des Handelsbuches bei dem Gantgerichte am ersten Ediktstage nicht zu bewerkstelligen. Denn übersehend die Gesetzesworte „und dergleichen" haben sich Miltner a. a. O. S. 244 lit. b.; Welsch a. a. O. §. 52; Gönner im Komment. zur Nov. v. 1819 S. 455 v. Stürzer CGV. S. 905—6; Aldosser in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 272 — gegen die hier aufgestellte Ansicht ausgesprochen. S. auch OAGE. in Nr. $1370^{13}/_{44}$.

6) Die ausdrückliche Bezugnahme auf die relevanten Aktenstücke ist — im Hinblicke auf oberstrichterliche Entscheidungen — jedenfalls räthlich. Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 318.

7) Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 72—4. Ist die Adhibirung, wie z. B. bei früheren Debitakten, schon geschehen, so genügt Bezugnahme. Darauf, daß die Bezugnahme auch da, wo die Adhibirung noch nicht geschehen, ohne Beantragung der letzteren als genügend angenommen werde, läßt sich, obgleich es Billigung verdient, mit Sicherheit nicht rechnen. Vgl. OAGE. vom 18. Mai 1825 (Beckische Konkurssache); vom 12. Juli 1825 (Müllerische Gant); vom 6. März 1819 (J. Hirsch ca. Bauerische Konkursmasse); vom 30. Nov. 1839 (Nr. $1289^{36}/_{37}$) und vom 8. März 1845 Nr. $303^{44}/_{45}$. Die wirkliche Vorlage der Akten ist nicht erforderlich. Bl. f. RA. Bd. XI S. 39.

buches zu liquidiren [8]). Bei definitiv eingetragenen Forderungen enthebt die ausdrückliche Bezugnahme auf den Inhalt des Hypothekenbuches oder auf den bei den Gant- oder Hülfs-Akten [9]) befindlichen Hypothekenbuchsauszug, resp. den vorgelegten Hypothekenbrief oder Rekognitionsschein einer weiteren Beweisführung, nicht blos im Punkte der Priorität, sondern auch in dem der Liquidität [9a]); sofern nicht andere Vorlagen zur Aufrechthaltung des Anspruches gegen eine eingetragene Protestation erforderlich sind [10]). Ist die Forderung blos vorgemerkt, oder für eine bedingte, resp. den Mitgläubigern gegenüber an be-

8) §. 118 des Hyp.-Ges. Gönner im Komment. zum Hyp.-Ges. Bd. II S. 125–9. Vgl. OAGE. in Nr. $1117^{10}/_{11}$. S. auch unten §. 16 Note 18.

9) Bloßer Bezug auf die Debitakten, in welchen sich ein Hypothekenbuchsauszug befand, wurde von dem OAG. in der Rechtssache Nr. $1289^{36}/_{37}$ nicht für genügend erachtet. S. Bl. f. RA. Bd. IX S. 318.

9a) Da die Hypothekenbuchseinträge die causa debendi häufig nur andeutungsweise angeben, so wird ein vorsichtiger Liquidant nicht unterlassen, auch sonstige Behelfe, die ihm zu Gebote stehen, beizubringen. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 267; Bd. XVI S. 32; Bd. XIX S. 23*). Fehlt es dem Hypothekenbuchseintrage an der Angabe der causa debendi, so ist die Bezugnahme auf denselben zur gehörigen Liquidation nicht genügend. Wird jedoch die Darlegung der causa debendi replicando nachgetragen und duplicando Nichts darüber geäußert, so ist der Mangel für gehoben zu achten. OAGE. v. 9. Nov. 1855 Nr. 1742 $18^{54}/_{55}$.

10) Ist die Protestation zur Wahrung einer Einrede eingetragen, welcher durch Replik zu begegnen ist, so ist es nicht nothwendig, die zum Beweise der Replik dienenden Vorlagen am ersten Ediktstage zu machen. Gönner Kom. z. Hyp.-Ges. Bd. II S. 128.

sondere Beweise gebundene [11]) Forderung ein Eintrag gemacht, so genügt die Bezugnahme auf das Hypothekenbuch nicht; vielmehr ist der erste Ediktstag auch mit den anderen Vorlagen einzuhalten, welche nach Verschiedenheit der Fälle erforderlich sind, um die Forderung, beziehungsweise auch die Priorität derselben [12]) zur Anerkennung zu bringen [13]).

Will der Beweis mit Akten eines anderen Gerichtes geführt werden, so hat Liquidant dafür zu sorgen, daß sie am ersten Ediktstage zur Vorlage kommen, oder an diesem wenigstens zu zeigen, daß er seinerseits Nichts versäumt hat, die rechtzeitige Vorlage zu bewirken [14]).

In „forma probante“ soll die Produktion geschehen. Der erste Ediktstag ist nicht nur Beweisantretungs-, sondern auch Produktions-Tagfahrt, er ist zur Vorlage der Originale, beziehungsweise, wenn diese nicht zur Verfügung stehen, der beweiskräftigen Abschriften bestimmt [15]). Besteht das Original in einem Handelsbuchs-Eintrage, und der in weiter Entfernung vom Sitze des Gantgerichtes wohnende Liquidant will es darauf ankommen lassen, ob ihm die Produktion am Gerichte seines Wohnortes gestattet werde [16]), so hat er wenigstens am ersten [17]) Ediktstage

11) Vgl. §. 30 der Prior.-Ordnung.
12) Wenn nämlich eine Hypothek blos vorgemerkt war.
13) Gönner a. a. O. S. 126 Nr. 2.
14) Bl. f. RA. Bd. III S. 74. In letzterem Falle hat er zugleich Frist zur Nachbringung zu erbitten.
15) Vgl. hierüber Kap. XI §. 4. Komment. Bd. III S. 181 f. OAGE. in Nr. 1370[13]/[44].
16) Erfolgt diese Gestattung, so können die Gegenbetheiligten ihr Recht der Einsichtnahme etwa durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten ausüben lassen.
17) Wenn es sich nämlich vom nöthigen Beweise der Forderung,

einen beglaubigten [18]) Auszug aus seinem Handelsbuche vorzulegen [19]).

Die Beweisurkunden sollen am ersten Ediktstage produzirt, d. h. in der Art vorgezeigt werden, daß sämmtliche Interessenten davon Einsicht nehmen können [20]).

Nach dem Ger.-Organisations-Ges. vom 1. Juli 1856 Art. 16 Abs. 3 vertritt die Uebergabe der Beweisurkunden die Stelle ihrer Produktion und der Art. 17 verordnet, daß, wenn sich bei dem Konkursgerichte die an den Ediktstagen als Beweismittel in Bezug genommenen Hypothekenbücher, Kontrakten- und Hypothekenprotokolle und deren Beilagen nicht befinden, gerichtlich beglaubigte Auszüge aus den Hypothekenbüchern und gerichtlich — wenn auch ohne Beiziehung der Betheiligten — beglaubigte Abschriften der Kontrakten- und Hypotheken-Protokolle und deren Beilagen die Stelle der Originalien vertreten. Wenn ein im Konkurse Betheiligter behauptet, daß solche Auszüge und Abschriften mit den Originalien nicht übereinstimmen, so ist die Originalproduktion vom Konkursgerichte zu veranlassen, und sind die Betheiligten hiezu zu laden.

nicht etwa von einem zum Gebiete der Replikhandlung gehörigen Beweise handelt. S. oben §. 10 Note 3.

18) Gerichtlich oder notariell, nach der Uebung am Wohnorte des Liquidanten. — Die Beglaubigung hat auch ein Zeugniß über kaufmännische Einrichtung und Beschaffenheit des Handelsbuches zu enthalten. Vgl. Komment. Bd. III S. 175.

19) Feust a. a. O. ist der Meinung, auch eine einfache Abschrift genüge. Allein es kann verlangt werden, daß Liquidant am ersten Ediktstage wenigstens alles Dasjenige leiste, was er, ohne die Ordnung seiner Geschäftsführung wesentlich zu stören, zu leisten und beizubringen im Stande ist.

20) Interessenten, welche von allen produzirten Originalen Einsicht nehmen wollen, mögen während der ganzen Dauer der

Ist die Behauptung der Nichtübereinstimmung unbegründet, so hat der veranlassende Theil die sämmtlichen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten zu tragen und ist im Falle offenbaren Muthwillens um 10 bis 50 fl. zu strafen.

Daß die Originale der übergebenen Urkunden auch nach dem ersten Ediktstage bei den Akten belassen werden, ist nicht verordnet. Vielmehr soll man zufolge Nr. 5 des §. 11 die produzirten Originale den Gläubigern auf Begehren zurückgeben[21]), und in diesem Falle beglaubigte[22]) Abschriften bei den Akten behalten. Wurde eine Abschrift weder vom Liquidanten mit übergeben, noch vom Richter zurückbehalten, so erwächst daraus für den betreffenden Liquidanten kein anderer Nachtheil, als daß etwa der Richter die Wiederholung des Produktionsaktes, resp. der Uebergabe nöthig findet[23]).

Liquidationstagfahrt anwesend bleiben. Wer sich entfernt, kann nicht verlangen, daß zum Behufe seiner Erklärung über die Aechtheit und Beweiskraft eine nochmalige Vorlage des Originales geschehe.

21) Vorbehaltlich späterer Anordnung nochmaliger Vorlage, GO. XI §. 5 Nr. 8. Zur Beantragung nochmaliger Vorlage von Seite eines anderen Betheiligten genügt es nicht, daß dieser bei der ersten Produktion nicht anwesend war. S. die vorige Note.

22) Die Kollationirung ist im Beisein der anderen Betheiligten vorzunehmen. GO. XIX §. 11 Nr. 6. Darunter können aber nur diejenigen verstanden werden, welche gerade anwesend sind. Jeder Betheiligte weiß im voraus, daß solche Kollationirungen im Laufe des Ediktstages vorkommen können. Wer nicht fortwährend anwesend bleibt, verzichtet auf sein Recht, den vorkommenden Beglaubigungsakten zu assistiren.

23) Bl. f. RA. Bd. III S. 75—6. Ueber den Fall, wenn im

2) Die am ersten Ediktstage sowohl dem Schuldner als den Mitgläubigern vorgelegten Urkunden sollen „von denselben an dem zweiten Ediktstage entweder rekognoszirt oder diffitirt werden [24]). Wenn nun weder das Eine noch das Andere geschehen ist, so wird das produzirte Dokument pro recognito gehalten. In casu diffessionis aber hat der Produzent nach Inhalt des 11. Kapitels §. 8. den Beweis zu machen, und denselben an dem dritten Ediktstage sub poena praeclusi zu übergeben, dagegen aber auch der Diffitent an dem nämlichen Tage den Diffessionseid sub poena recogniti abzulegen."

Der Diffitent muß am dritten Ediktstage erscheinen und den Diffessionseid ablegen. Wird dieser Verbindlichkeit nicht entsprochen, so ist die Urkunde für anerkannt zu achten, eines Aechtheitsbeweises bedarf es in solchem Falle nicht [25]). Die Leistung des Diffessionseides schließt aber die Führung des Aechtheitsbeweises nicht aus; darin unterscheidet sich dieser Eid, wie er im Gantprozesse vor-

Liquidationsprotokolle nicht speziell bemerkt worden, daß eine in Gerichtsakten befindliche Beweisurkunde zur Einsicht der Interessenten vorlag — s. Bl. f. RA. a. a. O. S. 74—5.

24) Die allgemeine Erklärung, alle produzirten Dokumente zu diffitiren, trägt offenbar den Charakter der Chikane, und ist daher, wie auch eine allgemeine für alle Liquidationsposten zusammen vorgebrachte Einrede, z. B. der Zahlung, als wirkungslos zu erachten. Vgl. Welsch a. a. O. §. 61; Bl. f. RA. Bd. XII S. 43.

25) Nach dieser Ansicht hat das OAG. am 11. Juli 1826 in der Rechtssache Nr. 347 $^{25}/_{26}$ erkannt. Vgl. OAGE. in Nr. 991 $^{39}/_{10}$. — Eine andere Ansicht bekennt v. Stürzer CGB. S. 906—7. S. dagegen Höfler in den Bl. f. RA. Bd. IV S. 361—66 (S. 363 Z. 12 ist statt „letztere" zu lesen „erstere").

kommt, wesentlich vom Diffessionseide des regelmäßigen Verfahrens [26]).

§. 12.

Von dem Beweise durch den Eid [1]).

„Wenn die eingeklagte Schuld nach Gestalt der Dinge durch das juramentum decisorium [2]) vel suppletorium bewiesen werden muß, so soll jenes

1) dem Schuldner gleich am ersten Ediktstage deferirt und am zweiten abgelegt oder referirt, und, wenn weder das eine, noch das andere geschieht, das Jurament pro relato gehalten, mithin am dritten Ediktstage von dem Gläubiger wirklich abgelegt werden, ohne daß die Widerrufung des Eides jemals Platz greift."

Vom Beweise des Schuldverhältnisses, vom Liquidationspunkte handelt es sich hier; über den Prioritätspunkt kann dem Schuldner eine Eidesleistung nicht angesonnen werden, indem die Priorität Gegenstand des

26) Bl. f. RA. a. a. O.

1) Was dem Richter in Bezug auf Eidesleistungen nach den allgemeinen Grundsätzen von Amtswegen obliegt (s. Komment. Bd. III S. 349 ff.), hat derselbe auch im Gantverfahren zu erfüllen. — Auch in anderen Beziehungen gelten hier die allgemeinen Vorschriften, soweit nicht Abweichungen für das Gantverfahren speziell verordnet sind. — S. oben Einleitung Note 4.

2) Ob die Frau des Gemeinschuldners den Beweis der Illaten durch Eideszuschiebung führen könne? — Darüber s. Bl. f. RA. Bd. IV S. 215 vgl. mit Bd. X S. 107 f. — Ueber Eideszuschiebung an den Gemeinschuldner in Separatprozessen der Gantmasse s. Bl. f. RA. Bd. IV S. 284.

Streites der Gläubiger gegeneinander ist, nicht der Gläubiger mit dem Schuldner [3]).

Dem Schuldner [4]), nicht den kollidirenden Gläubigern, ist der Haupteid über den thatsächlichen Grund der Forderung [5]) zu deferiren [6]). Die Zuschiebung hat am ersten Ediktstage, die Annahme und Ablegung [7]) am zweiten zu geschehen. Wenn sich der Schuldner an diesem gar nicht oder nicht für die Annahme erklärt, oder doch die rechtzeitige Ablegung versäumt, so ist [8]) — abweichend von der Regel des Verfahrens außer dem Konkurse [9]) — der Eid für zurückgeschoben zu hal-

3) Bl. f. RA. Bd. XVII S. 95. Prätendirt ein Gläubiger den Vorzug vor einem anderen — auf dem Grunde vertragsmäßiger Einräumung, so kann letzterer Gegenstand einer Eideszuschiebung an den angeblich kontrahirenden Gläubiger sein.

4) Resp. seinen Erben, wenn sie Wissenschaft von der Sache haben. Bei überschuldeten Erbmassen wird es gewöhnlich in Folge der Repudiation an Erben fehlen.

5) Daß dem Delaten Wissenschaft vom thatsächlichen Grunde der Forderung nicht mangle, wird hier vorausgesetzt.

6) Vgl. hierüber §. 112 der Nov. von 1837; Aldosser in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 274. — OAGE. vom 3. Mai 1831 (Fiskus gegen Weberische Konkursmasse). — Auch Eideszuschiebungen an Kontradiktor und Massekurator finden nicht Statt (in Bezug auf letzteren von s. g. Masseschulden abgesehen). Vgl. Bl. f. RA. Bd. V S. 32.

7) Von besonderen Verhinderungen, welche eine Fristbewilligung motiviren, abgesehen.

8) Die nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilende Zulässigkeit der Eideszuschiebung vorausgesetzt. OAGE. vom 8. März 1845 Nr. 303 11/15.

9) Das Motiv dieser Abweichung springt in die Augen. Es besteht darin, daß nicht völlig unbewiesene Forderungen durch Kollusion des Schuldners liquid gemacht werden.

ten [10]), und am dritten Ediktstage vom Gläubiger abzulegen [11]). Hat dieser nicht eigene Wissenschaft vom thatsächlichen Ursprunge der Forderung, so schwört er von Wissen und Glauben. Durch die Weigerung der Eidesleistung von Seite des Schuldners darf der Gläubiger des Beweismittels nicht verlustig werden.

Was über die Eidesabnahmen am zweiten und dritten Ediktstage verordnet ist, kann keine Anwendung finden, wenn sich Zwischenfragen über Statthaftigkeit der Zuschiebung oder Annahme der Zurückschiebung, über die Eidesformel oder die Person des Schwörenden u. d. gl. ergeben; indem in solchen Fällen die Entscheidung über die Eidesleistung und deren Modalitäten erst im Prioritätsurtheile erfolgt [12]). Ebenso versteht sich obige Vorschrift nur von dem Falle, wo der Beweis primär durch den Haupteid angetreten worden, im entgegengesetzten Falle ist mit der Ableistung des Haupteides bis nach eingetretener Rechtskraft des Prioritätserkenntnisses zu warten [12a]).

2) „Juramentum suppletorium soll der Gläubiger, welcher dadurch seinen Beweis zu ergänzen sucht, am ersten Ediktstage begehren, und, wenn am zweiten Tage von Niemand Etwas dagegen eingewendet wird, dasselbe sodann am dritten Tage abschwören."

Wird am zweiten Tage von Niemand etwas dage-

10) Gewissensvertretung ist bei dem Forderungsbeweise im Gantverfahren ausgeschlossen.

11) Zu welchem Ende natürlich dessen persönliches Erscheinen erforderlich; unbeschadet etwaiger Verlegung der Schwörungstagfahrt, wenn es an erheblichen glaubhaft gemachten Motiven nicht fehlt.

12) S. unten §. 15 Nr. 1.

12a) Bl. f. RA. Bd. XVI S. 324.

gen eingewendet, so hat zwar der Richter nicht zu untersuchen, ob die Voraussetzungen des Ergänzungseides nach GO. XIII §. 3 vorhanden seien [13]), wohl aber zu prüfen, ob es der Ergänzung durch den Eid noch bedürfe. Erscheint ihm die Forderung als vollbewiesen, so darf er dem Liquidanten den Ergänzungseid nicht abnehmen. Auch im Konkurse gilt das allgemeine Verbot, über Thatsachen, welche bereits erwiesen vorliegen, Eidesleistungen aufzutragen oder zuzulassen [14]).

Bei vorkommenden Einwendungen über Zulassung eines Liquidanten zum anerbotenen Ergänzungseide [15]) soll der Richter in dem Prioritätsurtheile darüber erkennen, und, wenn er sie für unstatthaft erachtet, dem Gläubiger die eingeklagte Schuld in der gehörigen Klasse anders nicht als mit dem Anhange, daß er dieselbe mit seinem Eide erhärte, eventualiter zusprechen. Erscheinen die Einwendungen als gegründet, und etwa der beigebrachte Beweis nur so beschaffen, daß nach den allgemeinen Grundsätzen (GO. XIII §. 3 Nr. 5) Anlaß zur Zuerkennung des Reinigungseides vorhanden wäre, so ist dieser im Prioritätserkenntnisse dem Schuldner aufzulegen [16]), und

13) Ob dem Gläubiger wenigstens ein halber Beweis zur Seite stehe, ob derselbe eigene Wissenschaft von der Sache habe.

14) Vgl. Bl. f. RA. Bd. IV S. 403. Sollte später ein Oberrichter auf Beschwerdeführung des Schuldners oder anderer Gläubiger die Ableistung des Ergänzungseides für nöthig halten, und Liquidant mittlerweile gestorben sein, so kommen die Vorschriften der GO. Kap. XIII §. 2 Nr. 7 zur Anwendung. S. Komment. Bd. III S. 382—383.

15) Oder auch über die Eidesformel, über Modalität der Eidesleistung u. d. g.

16) §. 112 der Nov. v. 1837. Dem Schuldner den Reinigungseid aufzutragen, geht nicht an, wenn dieser die fragliche

für den Fall der Nichtleistung die Forderung als liquid einzureihen [17]).

3) „Wenn nicht so fast die Klage, als die Exzeption oder Replik durch obgedachte Juramente erwiesen werden soll, so ist man zwar an gedachte Ediktstage nicht so genau damit gebunden, doch soll hierin schleunig und mit abgekürzten Terminen verfahren werden.“

Von der Erprobung der Einreden oder Repliken durch Eideszuschiebung [17a]) oder mittelst des Ergänzungseides soll dasselbe gelten, was in §. 10 Nr. 8 für deren Erprobung durch Zeugen oder Urkunden verordnet ist. Das oben S. 439 zur Erläuterung der so eben erwähnten Gesetzstelle Vorgetragene ist auch hieher zu beziehen. Die Androhung des Präjudizes richtet sich — in Anwendung der allgemeinen Grundsätze — überall nach der Beschaffenheit der vorzunehmenden Handlung. — Die eigenthümlichen Bestimmungen, welche im Gantverfahren für die dem Schuldner zugeschobenen Eide gelten (s. oben Nr. 1) finden auf Eideszuschiebungen an Gläubiger zum Beweise

Forderung zugestanden hat. OAGE. vom 6. Juni 1845 Nr. $1370^{13}/_{44}$.

17) v. Stürzer erklärte bei der Diskussion über den angef. §. 112 in der Kammer der Abg. (Verh. Bd. X S. 500): „Wenn der Eid, sei es ein nothwendiger, oder der Entscheidungseid, nicht geleistet wird, so hat, da der Eid als verweigert angenommen werden muß, Derjenige, der ihn zu leisten hat, den Prozeß verloren. Im Konkursprozessegilt dieses in demselben Maaße, wie in jedem anderen prozessualischen Verfahren“. (Unrichtig — in Ansehung des Entscheidungseides — s. oben Nr. 1. —) Eine andere Ansicht hat hinsichtlich der Folgen der Nichtleistung des Reinigungseides Albosser in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 275 aufgestellt.

17a) Bl. f. RA. Bd. XI S. 139, Bd. XIX S. 24*.

von Einreden — nur in dem einen Punkte Anwendung, daß der am zweiten Ediktstage zugeschobene Eid im Falle der Annahme am dritten abgeschworen werden muß [18]).

§. 13.

Von Liquidirung jener Forderungen, welche schon abgeurtheilt, oder anderwärts anhängig sind [1]).

1) „Obwohl judicium universale concursus alle und jede bei anderen Gerichten bereits anhängigen [2]) causas particulares ex capite connexionis [3]) an sich zieht, so versteht sich doch dieses nur von dem puncto prioritatis, und dem Vorzugsrechte, deßwegen solche Forderungen zwar an dem ersten Ediktstage nicht nur sub poena praeclusi in quanto und quali [4]) anzugeben, sondern auch an diesem, und den folgenden Ediktstagen soweit liquidirt und instruirt werden sollen, als man zur Entscheidung der erwähnten Prioritätspunkte nöthig hat. Die Hauptliquidation selbst aber soll bei dem Gerichte, wo sie einmal angefangen worden, fortgesetzt und beendigt werden, wobei den anderen Gläubigern gleichwohl sammt und sonders zu interveniren und ihr vermeintes Interesse zu besorgen frei steht."

18) Soferne nicht durch Erwirkung einer Frist eine Ausnahme von dieser Regel Platz greift.

1) Vgl. Bayer a. a. O. §. 34. Bl. f. RA. Bd. XII S. 321 ff., Bd. XVI S. 383; Seuffert's Arch. Bd. I S. 431.

2) Die Rechtshängigkeit tritt mit der Citation ein. GO. V §. 9; Komment. Bd. II S. 273 f.

3) Soferne diese überhaupt zum Gantverfahren gehören. S. oben §. 5.

4) D. h. dem thatsächlichen Grunde der Forderung.

Von solchen Forderungssachen ist hier die Rede, welche gegen den Gemeinschuldner zur Zeit der Ganteröffnung bei einem anderen, als dem Gantgerichte, anhängig waren. Einzelne (an sich zum Gantverfahren gehörige [5]) Forderungssachen, welche bei dem Gantgerichte selbst schwebten [6]), werden mit Eröffnung des Konkurses geschlossen, und auch in Betreff der Liquidität in das Gantverfahren gezogen, der Richter hat die fraglichen Spezialakten den Gantakten zu adhibiren, und die Betheiligten können sie als Beweismittel [7]) in Bezug nehmen. Auch erstrecken darin rechtskräftig ergangene Zwischenbescheide z. B. über Beweissatz und Beweislast, ihre Wirkung auf das Gantverfahren.

Die Vorschriften des §. 13 finden insbesondere Anwendung, wenn eine Wechselklage zur Zeit der Ganteröffnung bei dem Wechselgerichte anhängig war [8]). Jedoch

5) S. oben §. 5 S. 424.

6) Schwebten sie vor dem Gantgerichte in dessen besonderer Formation als Handels- oder Wechsel-Gericht, so ist ein Fall des §. 13 allerdings gegeben.

7) Der Nachweisung der Forderung im Gantverfahren wird der Gläubiger dadurch, daß etwa in dem Spezialakte die Beweisführung schon zum Schlusse gebracht war, keineswegs enthoben. Aber diese Nachweisung kann in solchem Falle durch Bezugnahme auf den Spezialakt geschehen.

8) Nicht entgegen stehen die Vorschriften der Wechselgerichtsordnung Kap. XI §. 1 (in den Worten: „das ganze Schuldenwesen zum Gantrichter und der Kläger ad concursum angewiesen werden") und der Novelle vom 1. Aug. 1816 (Moritz, Handb. der Wechselgesetze S. 138—39). Denn diese Vorschriften beziehen sich nur auf „Sistirung der Wechselgerichtsbarkeit" in Ansehung der Exekution auf Vermögensstücke.

kann hier neben der bei dem Wechselgerichte fortzusetzenden Hauptliquidation eine eventuelle im Gantverfahren vor sich gehen: um nämlich die Forderung für den Fall, daß sie in der Eigenschaft als Wechselforderung vom Wechselgerichte nicht zugesprochen wurde, wenigstens als einfache Schuldforderung zur Anerkennung zu bringen [8a]).

2) Es kann vorkommen, daß die Gantverhandlung bereits zum Spruche reif ist, während die bei einem anderen Gerichte schwebende, nach dem Gange des gewöhnlichen Verfahrens fortgeführte [9]) Partikularstreitigkeit noch nicht an ihrem Ziele steht. Unter solchen Umständen soll

8a) Nach einem Plen.=Beschl. vom 24. Febr. 1847 (RBl. S. 315—318) konnte eine nach dem bayerischen Wechselrechte zu beurtheilende Wechselforderung von dem Konkursgerichte in die IV. Klasse der Prioritätsordnung nur dann definitiv gesetzt werden, wenn sie als solche bei dem Wechselgerichte richtig gestellt war. Nach Art. 10 des Ges. v. 25. Juli 1850, die allgemeine deutsche Wechselordnung betr. ist das Vorzugsrecht der Wechselforderungen im Konkurse, aufgehoben, womit auch der gedachte Plenarbeschluß gegenstandslos geworden ist. In der Praxis wird jedoch, gestützt auf die Motive zu jenem Plenarbeschlusse, welche Wechselforderungen ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit wegen an eigene Gerichte weisen, bei Wechselforderungen unter Gestattung der Intervention der übrigen Konkursgläubiger die Liquidität durch Verhandlung und Entscheidung bei dem Wechselgerichte hergestellt, und bei dem Konkursgerichte die Forderung nur angemeldet und im Prioritätserkenntnisse (wenn nöthig nur eventuell) lozirt.

9) Von Uebertragung der Eigenthümlichkeiten des Gantverfahrens auf die anhängigen Separatprozesse kann nicht die Rede sein, weil in diesen die Klage schon vor der Ganteröffnung, also nicht in der Weise einer Gant-Liquidation eingereicht war.

das Prioritätserkenntniß nicht aufgeschoben, sondern „die rechtsanhängige Forderung einstweilen in ihrer gehörigen Klasse eventuell vorgetragen werden.“

3) „Was vor entstandenem Konkurse bei dem nämlichen oder einem anderen Gerichte schon einmal gänzlich abgeurtheilt ist, soll weder dort noch hier in eine weitere Liquidation mehr gezogen, sondern wegen einer solchen Forderung am ersten Ediktstage sich lediglich ad acta bezogen und davon nur so viel angeführt werden, als den Prioritätspunkt betrifft.“

Ist die Aburtheilung von dem Gantgerichte selbst geschehen, so genügt es, sich am ersten Ediktstage auf die betreffenden Akten zu beziehen; von Akten anderer Gerichte, resp. den darin befindlichen Urtheilen. gilt auch hier das oben S. 445 bemerkte.

§. 14.

Von weitläufigen (und den an ein anderes Gericht zu verweisenden) Liquidationen.

1) „Forderungen, welche wegen ihrer großen Weitläufigkeit . . . . . (im Gantverfahren) nicht ohne viele Beschwerde und zu besorgende Verwirrung mit und nebst anderen Ansprüchen liquidirt und vorgebracht werden können, sollen zwar ebenfalls an dem ersten Ediktstage mit einem beiläufigen und wahrscheinlichen Quantum sub poena praeclusi eingeklagt und dem Protokolle wie andere Schuldposten einverleibt werden, damit man sich bei Verfassung des Prioritätserkenntnisses darnach richten und in der gehörigen Stelle die eventuelle Vormerkung machen könne. Die Liquidation hingegen soll zur Vermeidung und Unordnung von den übrigen Konkursakten gänzlich abgesondert, und separatim behandelt werden.“

Als Beispiele führt Kreittmayr in den Anmerkungen an: „Da der Beweis wegen weiter Entlegenheit der Zeugen, oder sonst innerhalb der 3 Ediktstage nicht vollbracht werden kann, oder da die Forderung etwa auf Ablegung, Untersuchung und Justifizirung weitläufiger Vormundschafts- oder anderer dergleichen Amts-Rechnungen, oder auf vorläufiger Entscheidung gewisser Präjudizial-Punkten und Inzidentien besteht."

2) Forderungen, welche wegen . . . ihrer ganz besonderen Eigenschaft in foro concursus . . . gar nicht . . . . liquidirt und vorgebracht werden können, sollen zwar ebenfalls am ersten Ediktstage sub poena praeclusi eingeklagt, von dem Konkursgerichte aber hinsichtlich des Liquidationspunktes an dasjenige Forum, wohin sie von Rechtswegen gehörig sind, zur gebührenden Verhandlung und Entscheidung verwiesen werden [1])."

Diese Vorschrift gilt insbesondere für administrativstreitige Forderungssachen. Bei Ganten von Staats-Rechnungsbeamten [2]) hat sich das Gantgericht, was die Liquidation geforderter Rechnungsreste betrifft, mit den am ersten Ediktstage vorzulegenden Rechnungsauszügen und bloßen Anzeigen der zuständigen Finanzstellen zu begnügen [3]); wobei es aber dem Schuldner, resp. den Mitgläugern unverwehrt ist, im Fortgange des Gantverfahrens, nach den für dieses geltenden Prozeßvorschriften, die Gegenprobe zu liefern [4]).

1) Vgl. Bayer a. a. O. §. 34.

2) Gleichgestellt sind die Rechnungsbeamten der Stiftungen welche unter unmittelbarer Aufsicht des Staates stehen. Komment. Bd. I S. 189.

3) S. oben S. 424.

4) Vgl. den Schluß der Nov. vom 28. Febr. 1754: „zu ge-

Die Liquidation des Bergwerks-Eigenthumes, einbegriffen die Geltendmachung der Bergforderungen, ist nach geschehener Anbringung am ersten Ediktstage zur berggerichtlichen Verhandlung und Entscheidung zu verweisen [5]). Bei Wechsel- und Merkantilsachen [6]), welche nicht schon zur Zeit der Ganteröffnung bei dem Wechsel-, resp. Merkantilgerichte anhängig waren, findet die Verweisung an letzteres in der Regel [7]) nicht Statt [8]).

schweigen, daß in dem Falle, wo ein Amts-Hinterstand von sich zu rechnen oder gut zu machen ist, die Probe und Liquidation vielmehr dem hinterstelligen Beamten selbst, als dem fisco obliegt." — Würde die Gegenprobe zu großen Weitläufigkeiten führen, so tritt Verweisung zur besonderen Austragung bei dem Gerichtsstande des Fiskus ein, ohne daß durch das Schweben dieses gesonderten Prozesses die Zuerkennung der fiskalischen Forderung im Prioritätserkenntnisse, und selbst, nach Maßgabe der Priorität, die Befriedigung aus der Masse aufgehalten würde. Vgl. Komment. Bd. I S. 189, Bd. III S. 336 ff.

5) §. 19 des organischen Ediktes von 14. Sept. 1809 (Rgb. S. 1577). Vgl. Lauk in den Bl. f. RA. Bd. VI S. 209 f.

6) Für Wechsel- und Merkantilsachen sind besondere Gerichte bestellt, um dergleichen Forderungen zu schleuniger Entscheidung und stracker Vollziehung zu verhelfen. WGO. §. 1 und 2. Durch den Ausbruch der Gant ist die Lösung dieser Aufgabe, was die Exekution in das Vermögen betrifft, den W. und M. Gerichten entzogen. S. jedoch oben S. 456 Note 8a.

7) Eine Ausnahme tritt ein, wenn der Wechselgläubiger zugleich die Exekution an der Person, welche nur durch das Wechselgericht geschehen kann, zu erwirken strebt. Arnold in den Bl. f. RA. Bd. X S. 249.

8) Vgl. die gründliche Ausführung über Zuständigkeit der Gant-

Vielmehr steht dem Gantgerichte in Ansehung der nicht bereits rechtshängigen Wechsel- oder Merkantilforderungen, für welche Befriedigung aus der Gantmasse gesucht wird, die Verhandlung und Entscheidung zu, über die Liquidität, wie über die Priorität, insbesondere auch bei Wechselforderungen der Ausspruch über deren Anerkennung in dieser Eigenschaft [9]); wobei es sich nur nach Umständen als angemessen darstellen mag, vor der Entscheidung erfahrene Kaufleute als Sachverständige von Amtswegen zu vernehmen [10]).

§. 15.

Von dem Prioritätsurtheile [1]). — Hiezu von den Konkurskosten.

I.

Zur Erlassung des Prioritätsurtheiles kommt es, wenn der letzte Ediktstag abgehalten ist und auch diejenigen gantgerichtlichen Verhandlungen, welche „nicht so genau

gerichte bei Wechselforderungen von Arnold in den Bl. f. RA. Bd. X S. 241—50, S. 265—69, S. 279—86. — S. jedoch oben S. 456 Note 8a.

9) Vgl. Gesetz vom 11. Sept. 1825, Einführung des Wechselrechtes u. s. w. betr., §. 6.

10) Komment. Bd. III S. 325 ff.

1) Diese Bezeichnung drückt den Inhalt nicht vollständig aus. Nicht blos über die Priorität, sondern auch über Liquidität wird hier geurtheilt; es werden Forderungen nicht blos zuerkannt, sondern auch abgewiesen und ausgeschlossen. — Das Prioritätserkenntniß ist ein Aggregat einzelner Urheile über Liquidität und Priorität einer Mehrheit von Forderungen. S. Gönner und Schmidtlein, Jahrb. Bd. II S. 288 f.

an die Ediktstage gebunden sind," die Spruchreife erlangt haben. In dem Prioritätsurtheile wird zuerst der Ausspruch über die im Gantverfahren geltend gemachten Separationsrechte, sowie über Vorabzug der Konkurskosten [2]) und Befriedigung der Masseschulden vorgetragen; hiernächst folgen die Entscheidungen, durch welche Forderungen abgewiesen, resp. ausgeschlossen werden [3]); darauf wird jedem Gläubiger, etwa unter Vorbehalt noch zu leistender Eide oder für den Fall der Nichtleistung eines dem Schuldner aufgetragenen Eides, die ihm nach der Prioritätsordnung gebührende Stelle angewiesen [4]).

Die Frage, ob eine Forderung begründet, klagbar, durch eine vorgeschützte (nicht blos prozeßrechtliche) Einrede entkräftet sei oder nicht, ist überall nach den Gesetzen zu beurtheilen, welche auch außer dem Gantverfahren zur Anwendung gekommen wären.

Das Rangverhältniß der einzelnen Forderungen ist nach der Prioritätsordnung zu bestimmen, ohne Rücksicht darauf, ob etwa ein Gläubiger eine ungünstigere Lokation, als ihm gebührt, beantragt hat [5]), oder ob die von ihm beantragte, jedoch ihm nicht gebührende Widerspruch ge-

2) §. 31 der Prioritätsordnung. Die Kosten, welche jeder Betheiligte auf Liquidation und Bekämpfung der Gegenbetheiligten verwendet, werden nicht vergütet.

3) Nach dem Gebrauche eines Theiles der Gerichte macht dieser Bestandtheil den Schluß.

4) Bei den Gläubigern aus den Klassen der hypothekarischen und der Faustpfand-, resp. Retentions-Vorrechte (§. 21 der Prior. Ordn.) sind überall diejenigen Sachen anzugeben, auf deren Erlös sich das Vorrecht beschränkt.

5) Ausdrückliche Beantragung einer bestimmten Lokation ist nicht erforderlich. S. v. Stürzer GGB. S. 911.

funden hat. Nur ausdrückliche Zugeständnisse eines nach dem Gesetze nicht gebührenden Vorranges hat auch der Richter zu beachten [6]).

„Unter dem Vorwande der etwa anderwärts rechtsanhängigen, oder ad separatam liquidationem verwiesenen Schuldposten soll man das Prioritätsurtheil keineswegs aufhalten, sondern dergleichen Posten auf oben (§. 13, 14) erwähnte Weise einstweilen in jener Klasse, wohin sie allenfalls gehören mögen, mit dem angegebenen beiläufigen Quantum vorläufig vortragen."

II.

„Zur Publikation des Prioritätserkenntnisses ist eine Spezialcitation der Gläubiger nicht nöthig [7]), sondern die Sentenz soll ad valvas publicas judicii affigirt, und jedem Gläubiger auf Anmelden gegen die Gebühr eine Abschrift ertheilt werden."

Wenn auch keine besondere Ladung der gerichtsbekannten Gläubiger zur Verkündung des Prioritätsurtheiles erforderlich ist, so müssen diese doch durch Cirkularverfügung [8]) davon, daß die Affigirung an einem bestimmten

6) Ein solches Zugeständniß kann natürlich nur dem Zugestehenden zum Nachtheile gereichen, nicht anderen Betheiligten.

7) Ausnahmsweise muß die Verkündung an Kron- und Stiftungsfiskale durch Zufertigung einer Abschrift des Prioritätsurtheiles geschehen, so daß die Berufungsfrist vom nächsten Tage nach eingelieferter Bescheids-Abschrift berechnet wird. Vdng. vom 5. Nov. 1814 (Rgb. S. 1697.)

8) Das Gesetz erklärt nur die Spezialcitation zur Anhörung der Urtheilsverkündung, wie sie nach GO. XIV §. 8 regelmäßig zu geschehen hatte, für unnöthig. Wesent-

Tage geschehen werde, in Kenntniß gesetzt werden. Nur unter Voraussetzung dieser vorausgegangenen Benachrichtigung läuft die Berufungsfrist vom Tage der wirklichen Anheftung [9]). Erfolgte die Benachrichtigung erst nach geschehener Anheftung, so ist die Berufungsfrist erst vom Tage der Benachrichtigung zu zählen. Die gänzliche Unterlassung der Benachrichtigung hindert den Lauf der Berufungsfrist, und damit, wenn es sonst an den Voraussetzungen der Berufung nicht fehlt, den Eintritt der Rechtskraft.

Die Anheftung an das Gerichtsbrett ist gehörig geschehen, wenn auch die angeheftete Ausfertigung nur die

lich hievon verschieden ist die bloße Benachrichtigung (Notifikation) von der vorzunehmenden Affigirung. Vgl. die Ausf. von Dr. Lotz in den Bl. f. RA. Bd. X S. 257. Viele Gerichte begnügen sich damit, die Anheftung durch Ausschreiben in öffentlichen Blättern kundzumachen. Wird aber die Notifikation überhaupt für nöthig erachtet, so kann in Ansehung der gerichtsbekannten Interessenten das Ausschreiben in öffentlichen Blättern nicht ausreichen. Nur in Ansehung der gerichtsunbekannten vertritt ein solches die Stelle der Insinuation.

9) Plenarbeschluß vom 14. April 1847, die Berechnung der Nothfrist zur Berufung gegen Prioritätserkenntnisse betr. (RBl. S. 573 ff.) Nicht von dem früheren Tage, welcher etwa in dem Notifikations-Cirkulare als derjenige, an welchem die Anheftung geschehen werde, bezeichnet war. Geschah die Anheftung früher, als im Notifikations-Cirkulare angegeben war, so wird der Lauf der Berufungsfrist doch erst mit dem angegebenen Tage eröffnet. — Ueberhaupt können Unrichtigkeiten, welche in dieser Beziehung den richterlichen Verfügungen und Prozeßakten ankleben, jedenfalls Restitutionsgesuche motiviren.

Dispositivworte, nicht auch die Entscheidungsgründe enthielt [10]).

Oberrichterliche Erkenntnisse, welche auf Berufungen gegen Bestimmungen des Prioritätsurtheiles ergehen, werden nicht durch Anheftung an das Gerichtsbrett verkündet, sondern in beglaubigter Abschrift durch Kurrende [11]) allen Denjenigen eröffnet, welche dabei betheiligt sind [12]).

III.

Was die Kosten des Konkurses betrifft, so werden die Kosten, welche nach eröffnetem Konkurse für Erhaltung, Aufbewahrung, Benützung, Veräußerung oder Verwaltung der zur Konkursmasse gehörigen beweglichen oder unbeweglichen Sachen, desgleichen für Bestreitung laufender Abgaben und Lasten entstanden sind, die Forderung derjenigen, welche hierzu nach Anordnung des Gerichtes oder der aufgestellten Massekuratoren Vorschüsse gemacht, Dienste geleistet oder sonst Kredit gegeben haben, sowie die Kosten des eigentlichen Konkursverfahrens, d. i. die die Gläubiger insgesammt treffenden, auf den Konkursprozeß erlaufenen Gerichtskosten, wie die für die Inventarisirung des Vermögens, für die Exmission des Schuldners, für die Ediktalcitation, für das Prioritätsurtheil und den Distributionsbescheid von dem Gerichte aus der ganzen Masse erhoben, ehe zu einer Vertheilung derselben unter

10) OAGE. in Nr. 1330 41/42.

11) Wenn nämlich mehrere Personen bei der oberrichterlichen Entscheidung betheiligt sind, sonst kommt die Regel des §. 64 Abs. 1 der Nov. v. 1837 zur Anwendung.

12) OAGE. in Nr. 1208 40/41, 1282 42/43 und 1370 43/44; Bl. f. RA. Bd. VII S. 319.

die Gläubiger geschritten werden kann [13]). Die Kosten seiner Liquidation hat jeder Gläubiger selbst aus seinen eigenen Mitteln zu bestreiten, ebenso die, welche er zur Bestreitung von Forderungen anderer Gläubiger aufgewendet hat. — Das Verzeichniß der von Posten zu Posten spezifizirten Kosten soll zu den Akten gelegt werden, damit das Uebermaaß allenfalls auf Beschwerden der Gläubiger von der höheren Instanz gebührend eingesehen und ermäßigt werden könne [14]).

In dem oben S. 416 (Nr. II Ziff. 4) bemerkten Falle sind die Gläubiger, welche nach der II. Klasse folgen und unter sich das Liquidations- und Prioritätsverfahren der über die Insuffizienz des Vermögens geschehenen Vorlage ungeachtet fortsetzen, verbunden, für die Kosten des weiteren Verfahrens einen verhältnißmäßigen Vorschuß zu machen, und diese Kosten allein zu tragen, wenn dafür nach Bezahlung der Gläubiger der ersten und zweiten Klasse kein Ueberschuß von der Masse vorhanden ist [15]).

§. 16.

Von der Appellation, Restitution und Nullitätsklage im Konkursprozesse.

I.

Gegen Verfügungen des Prioritätsurtheiles können sowohl Gläubiger [1]) als der Schuldner appelliren, der letztere jedoch nur in Betreff der Liquidität zuerkannter

13) Prior.-Ordn. §. 31. Bl. f. RA. Bd. IX S. 279, Bd. XX S. 92, Bd. XXI S. 409.

14) GO. Kap. XX §. 2.

15) Prior.-Ordn. §. 32, 33.

1) Auch Separatisten, über deren Ansprüche das Prioritätserkenntniß entscheidet.

Ansprüche [2]). Gläubiger können wegen Abweisung [3]), resp. Ausschließung ihrer Forderungen Beschwerde führen, oder wegen Versagung des ihnen in der Rangordnung vermeintlich gebührenden Platzes [4]), oder wegen Zuerkennung der Forderungen anderer Gläubiger [5]), beziehungsweise wegen deren vermeintlich ungebührender Vorlozirung. Beschwerdeführungen wegen Abweisung, Ausschließung oder ungebührlicher Zurücksetzung in der Lokation sind gegen alle Diejenigen gerichtet, vor oder mit denen der Beschwerdeführer zum Zuge kommen will, soferne nur die Berufung deren Befriedigung gefährdet [6]); bei ersteren (den Beschw.

2) Nicht im Prioritätspunkte, in welchem der Schuldner kein rechtliches Interesse hat. OAGE. vom 10. Aug. 1824 (Neumannische Gant). Vgl. Gönner und Schmidtlein, Jahrb. Bd. II S. 245.

3) Liquidanten, gegen welche nicht blos Ausschluß von der Gantmasse, sondern Abweisung der Forderung ausgesprochen ist, können — zum Zwecke der Benützung späteren besseren Glückes — auch in dem Falle appelliren, wo die Gantmasse nach ihrem eigenen Prioritätsanspruche nicht an sie gelangt hätte.

4) Hierüber Beschwerde zu führen, kann ein Gläubiger Ursache haben, auch wenn er an dem Platze, welcher ihm das Prioritätsurtheil angewiesen hat, nach dem Gesammt-Inhalte desselben zum Zuge kommen würde. Denn es kann ja der Erfolg ergriffener Rechtsmittel sein, daß andere Forderungen vor jenem Platze eingereiht werden, und die Gantmasse absorbiren.

5) Oder auch der Ansprüche von Separatisten.

6) Sollte auch Appellant nur einige oder einen derselben als Appellaten bezeichnet haben. Wenn z. B. 3 Liquidanten als Hypothekgläubiger in Bezug auf das Gut des Gantschuldners lozirt sind, und ein Vierter als Appellant die Einreihung unter diese Hypothekarien, und zwar auf den ersten Platz,

wegen Abweisung oder Ausschließung) ist auch der Schuldner betheiligt, bei Beschwerden wegen Zurücksetzung in der Rangordnung sind diejenigen Gläubiger unbetheiligt, welche dem Beschwerdeführer in der Lokation des angeblich beschwerenden Urtheiles nachstehen und sich dabei beruhigen. Abzuweisen sind diejenigen Berufungen, hinsichtlich welcher als gewiß vorliegt, daß der Appellant, der oberrichterliche Ausspruch mag ausfallen wie er will, weder gewinnen noch verlieren werde [7]). S. jedoch oben die Note 3 und 4.

„Mit der Appellation und Revision soll es im Konkurse wie mit anderen Appellationssachen gehalten [7a]), und ohne weitere Kommunikation oder Schriftenwechsel allezeit nur über die acta priora gesprochen werden."

Was hier über die Berufungssumme Rechtens, ist oben S. 48, 49 vorgekommen [8]).

in Anspruch nimmt, so ist seine Appellation unter der angeführten Voraussetzung gegen die 3 als Hypothekgläubiger lozirten, so wie gegen die übrigen dem Appellanten nach dem Prioritätsurtheile vorgehenden Liquidanten gerichtet, sollte er auch nur den ersten derselben, welchem er unmittelbar vorgesetzt sein will, als Appellaten bezeichnet haben. — Etwas Anderes ist es, wenn die Appellation nur darauf gerichtet ist, daß der bezeichnete Appellat seinen Platz dem Appellanten, zufolge besonderer Verabredung, einräume. S. übrigens unten Note 20.

7) So hat z. B. ein Gläubiger, welcher unbestritten einen Platz in der ersten oder zweiten Klasse einnimmt, kein Interesse, die Liquidität oder Lokation von Gläubigern der späteren Klassen zu bestreiten.

7a) Ueber den Umfang der Devolution an den Oberrichter vgl. Bl. f. RA. Bd. XV S. 333.

8) Vorlozirte Posten anderer Gläubiger, deren Lokation Appellant bestreitet, können nicht mit nachgesetzten oder zurückgewiesenen

Für Appellationen und Revisionen gegen das Prioritätserkenntniß gilt die Nothfrist von 30 Tagen [9]); durch Gleichförmigkeit der Aussprüche erster und zweiter Instanz wird die Oberberufung nicht gehindert. Für andere Appellationen und Revisionen im Laufe des Konkursverfahrens [10]) kommen, so in Betreff der Nothfrist wie der Re-

Ansprüchen des Appellanten, zum Zwecke der Bildung der Berufungssumme zusammengerechnet werden. Vgl. OAGE. in Nr. 260 $^{37}/_{38}$ und 1718 $^{41}/_{42}$. Wenn hinsichtlich einer Forderung, deren Liquidität oder Priorität der Appellant bestreitet, die Berufungssumme vorhanden, so folgt daraus nicht, daß auch gelegenheitlich wegen anderer vorlozirter Posten, welche einzeln die Berufungssumme nicht erreichen, appellirt werden könne. Vgl. OAGE. in Nr. 1718 $^{41}/_{42}$. Bl. f. RA. Bd. XI S. 78. Daß die Forderung, deren Anerkennung oder Vorlozirung der Appellant bekämpft, nur durch Hinzurechnung der mit dem Kapitale gleichlozirten Zinsen die Berufungssumme erreicht, steht der Zulassung der Appellation nicht im Wege. Denn der §. 58 der Novelle von 1837 verbietet nur die Einrechnung der Zinsen, welche dem Appellanten zu- oder aberkannt sind, d. h. welche der Appellant bezahlen soll oder für sich fordert. Dieses paßt nicht auf Fälle, in welchen es sich davon handelt, ob der Appellat mit Kapital und Zinsen aus der Gantmasse vor dem Appellanten befriedigt werden soll. Vgl. auch Bl. f. RA. Bd. XXIII S. 47. Ueber den Einfluß der Insuffizienz der Masse auf die Berufungssumme bei Beschwerden gegen das Prioritätserkenntniß vgl. Bl. f. RA. Bd. XX S. 85*. Seuffert's Archiv Bd. IX S. 456.

9) Die Ausnahme, welche früher nach WGO. XI §. 5 im Falle liquidirter Wechselforderungen gegolten hat, wurde in der Nov. v. 1819 §. 22 aufgehoben.

10) Ueber die Zulässigkeit gilt hier nichts Besonderes. Gegen die Zwischenverfügungen zur Instruirung der Beweise findet selbstständige Appellation nicht Statt, wohl aber z. B. gegen

visionszulässigkeit, die für das Exekutionsverfahren bestehenden Vorschriften zur Anwendung [11]). Dieses läßt sich aber nicht auf Rechtsmittel gegen Erkenntnisse über Separationsansprüche beziehen, mit welchen sich der Kläger in das Gantverfahren nicht eingelassen hat; eben so wenig auf Berufungen in den Separatliquidationen in den oben §. 13 und 14 erörterten Fällen [12]).

Eine Mittheilung der Beschwerdeschrift an die Gegenbetheiligten, mit Vorsteckung eines Termines zur Nebenverantwortung, findet im Konkursprozesse nicht Statt. Von der Appellation wird den dabei betheiligten [13]) Gläubigern [14]) Nachricht gegeben, worauf es ihnen überlassen bleibt, den Beschwerdelibell einzusehen, und ihre Rechte durch die Adhäsion zu verfolgen [15]).

Beschlüsse, welche die Subhastation und Adjudikation von Gantrealitäten oder welche die Kompetenz-Regulirung oder die Sistirung, resp. Aufhebung des Gantverfahrens wegen versuchter gütlicher Beilegung, resp. wegen Wegfallens der Insolvenz, oder die endliche Vertheilung der Massegelder betreffen. — Auch Extrajudizialbeschwerden können hier vorkommen, wenn es sich von Verwaltungsmaßregeln handelt.

11) §. 114 der Nov. v. 1837. Bl. f. RA. Bd. XI S. 245.

12) In diesen wird überhaupt nicht nach den Regeln des Gantprozesses verfahren. — Indessen hat doch die Sache zwei Seiten, und es ist daher räthlich, die 14tägige Nothfrist einzuhalten.

13) S. hierüber oben S. 466. Betheiligt sind jedenfalls Diejenigen, welche der Beschwerdeführer entweder ganz oder von dem zuerkannten Platze verdrängen will.

14) Auch dem Schuldner, wenn ein abgewiesener oder ausgeschlossener Liquidant hierüber Beschwerde führt. —

15) §. 25 der Nov. von 1819. Die Zulässigkeit der Adhäsion richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. S. oben S. 123 ff. — Unter der Firma der Adhäsion wird wohl

„Erstreckt sich der effectus suspensivus hier [16]) niemals weiter, als auf die Punkte, worüber in specie appellirt worden ist, oder auf Dasjenige, was durch unzertrennliche Konsequenz davon abhängt.“

Wenn die gegen das Prioritätserkenntniß ergriffenen Rechtsmittel nur Liquidität oder Priorität von Forderungen betreffen, für welche keine höhere als die Lokation in der vierten oder fünften Klasse in Frage ist, so steht nichts im Wege, die Gläubiger der drei ersten Klassen, nach Maßgabe des in Ansehung ihrer rechtskräftigen Urtheiles, aus der Aktivmasse ohne Verzug zu befriedigen. Aufschub des Vollzugs [17]) muß aber in Ansehung aller derjenigen Posten eintreten, zu deren Befriedigung, im Falle die Appellanten obsiegen, die Gantmasse nicht hinreichen würde.

„Kann zwar die von einem Gläubiger eingewandte Appellation auch anderen Mitgläubigern zu Gute kommen, so weit sie die nämliche causam gravaminis haben, der Appellant aber soll sich des in appellatorio erhaltenen obsieglichen Urtheiles nur gegen den appellatischen Theil allein, niemals aber gegen andere Mitgläubiger zu erfreuen, mithin unter diesem Vorwande den Vorzug vor ihnen nicht zu suchen haben“ [17a]).

auch Widerlegung der Berufungsschrift versucht. Die Billigkeit fordert, es damit nicht so genau zu nehmen, soferne nur der Appellat wirklich Neues und Sachdienliches vorträgt. Eine eigentliche Nebenverantwortung ist jedoch nicht statthaft. Bl. f. RA. Bd. XI S. 74.

16) Nämlich bei Rechtsmitteln gegen Bestimmungen des Prioritätserkenntnisses. Was den Suspensiveffekt gegen andere im Laufe des Konkursverfahrens ergangene Erkenntnisse betrifft, vgl. §. 108 mit §. 114 der Nov. von 1837.

17) Nach Kreittmayr Anmerk. lit. b. wenigstens Bedingung des Vollzuges durch Kautionsleistung. Vgl. §. 17 a. E.

17a) Bl. f. RA. Bd. XXI S. 223.

Wenn z. B. ein Gläubiger der dritten oder vierten Klasse durch seine Appellation bewirkt, daß der an den ersten Platz der zweiten Klasse lozirte Gläubiger, weil er etwa den vorgeschriebenen Bezug auf das Hypothekenbuch bei seiner Liquidation unterlassen hatte, aus der zweiten Klasse gestrichen und in die fünfte verwiesen wird [18]), so kommt diese Aenderung nicht blos dem siegenden Appellanten, sondern allen denjenigen Mitgläubigern zu Gute, zu deren Befriedigung, hätte der Appellat den ihm durch das Prioritätsurtheil angewiesenen Platz behalten, die Gantmasse nicht hingereicht haben würde. — Dagegen bewirkt dieser Erfolg der Appellation nicht, daß der siegende Appellant an den Platz des besiegten Appellaten vorrücke; der Sieg soll ihm nicht zum Vorwande dienen, seine Befriedigung vor Denjenigen zu verlangen, welche nach dem Prioritätsurtheile zwischen ihm und dem Besiegten in der Mitte stehen.

Wenn es sich bei der Appellation zunächst von Zuerkennung, resp. Vorlozirung einer Forderung des Appellanten, und nur folgeweise von Zurücksetzung anderer Gläubiger handelt, auch nicht blos ein spezielles Rechtsverhältniß zwischen dem appellirenden und einem anderen Gläubiger geltend gemacht werden soll, so erscheinen alle diejenigen Gläubiger als Appellaten, deren Befriedigung aus der Gantmasse durch die Appellation in Frage gestellt wird [19]) (s. oben Note 6), und demzufolge sind dieselben

18) Die erwähnte Unterlassung steht, wenn etwa die Forderung nicht widersprochen oder sonst bewiesen war, der Annahme der Liquidität nicht im Wege.

19) Bei schwebenden Aktivprozessen der Gantmasse, oder bei dazu gehörigen Renten von ungewisser Dauer, und dergleichen Umständen kann die fragliche Gefährdung problematisch sein.

auch der Wirksamkeit des oberrichterlichen Ausspruches unterworfen [20]).

Wird eine im Prioritätserkenntnisse ausgesprochene Präklusion vom Oberrichter als unstatthaft erkannt, so ist das weitere Erkenntniß über Liquidität und Priorität zur ersten Instanz zu verweisen [21]). Anders verhält es sich, wenn eine Forderung im Prioritätsurtheile aus materiellen Gründen oder wegen Mangels am Beweise abgewiesen war. Erscheint diese Abweisung dem Oberrichter als nicht gerechtfertigt, so hat er sofort über Liquidität und Priorität derselben zu erkennen [22]).

II.

„Was restitutionem in integrum betrifft, so ist hauptsächlich dahin zu sehen, ob die Gantmasse unter die Gläubiger schon distrahirt und vertheilt, oder ob noch res integra sei. Im ersten Falle hat gedachte restitutio weder ex capite minorennitatis, noch instrumentorum noviter repertorum, noch unter einem anderen Vorwande weder gegen jene Gläubiger, welche das ihrige in Gemäßheit des Prioritätsurtheiles, noch gegen die bereits geschehene Vergantung mehr Statt. Im letzteren Falle aber soll man das Restitutionsgesuch auf dem nämlichen Fuße im Konkurse traktiren, wie bereits oben im 16. Kapitel §. 1 überhaupt bestimmt ist.“

„Was nun endlich das remedium nullitatis betrifft, so hat es damit die nämliche Beschaffenheit.“

20) Vgl. Kreittmayr's Anmerk. lit. c. mit Gönner und Schmidtlein, Jahrb. Bd. II S. 294, und Stürzer CGV. S. 913—4. S. auch Bayer a. a. O. S. 211 f. Note 6.

21) S. oben S. 115 ff.; eben so von der dritten zur zweiten Instanz, wenn erst diese die Präklusion ausgesprochen hatte.

22) Vgl. oben S. 117 ff.

Die Restitution wegen Versäumnisse, welche im Laufe des Gantverfahrens gesucht wird, richtet sich nun nach den Vorschriften der Novelle von 1837 §. 38, 39. Im Falle die nachträgliche Liquidation einer Forderung auf dem Grunde der Restitution zugelassen wird, so geschieht die Verhandlung nach den Vorschriften des Gantprozesses, jedoch natürlich in der Art, daß man dabei an die Edikts-tage nicht so genau gebunden ist [23]).

Restitutionsgesuche gegen das Prioritätsurtheil nehmen ihre Richtung gegen diejenigen Gläubiger, deren (noch nicht erfolgte) Befriedigung aus der Gantmasse durch Bewilligung des Gesuches gefährdet würde.

Es ist eine Streitfrage, ob Unkenntniß der Ediktalladung für sich ein Restitutionsgrund sei? Baron Schmid, auf welchen Kreittmayr in der Anmerk. lit. d. Bezug nimmt [24]), verneint die Frage mit der Bemerkung, daß nach dieser Ansicht häufig geurtheilt worden sei.

Nichtigkeitsbeschwerden sind wie im Exekutionsverfahren, auch im Konkursprozesse an eine Nothfrist von 14 Tagen gebunden; jedoch gilt dieses nicht, wenn das Konkurserkenntniß oder das Prioritätsurtheil angefochten wird [25]). Für diese Fälle kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Ein Mangel der Citation ist es, wenn die Anheftung der Ediktalladung am Gerichtsbrette unterlassen wurde. Gerichtsbekannte Gläubiger, welche nicht speziell geladen worden sind, können wegen dieser Unterlassung nicht das ganze Prioritätsurtheil als nichtig anfechten, sondern nur Zulassung zur nachträglichen Liquidation [26])

23) S. oben S. 440 Note 9.

24) Nämlich auf Semicent. I. 20.

25) Vgl. §. 114 mit §. 108 der Nov. v. 1837.

26) Bei deren Verhandlung zu beobachten ist, was überhaupt

und nachträgliches Erkenntniß über Liquidität und Priorität ihrer Forderungen verlangen. Bedingung einer solchen nachträglichen Verhandlung ist, daß noch Befriedigungsmittel übrig; den Gegentheil bilden diejenigen Gläubiger, deren Befriedigung durch die neue Liquidation in Frage gestellt wird.

Wurden einem Gläubiger unvollständige Akten vorgelegt, und ihm dadurch die Gelegenheit zur Bestreitung gewisser Forderungen anderer Gläubiger entzogen, so ist dieses zwar ein Richtigkeitsgrund, aber ein solcher, welcher auf dem Wege der Appellation geltend gemacht werden muß.

§. 17.

Von der Exekution in concursu.

I.

„Sobald der concursus universalis einmal beschlossen ist [1]), so soll man

1) des Schuldners Hab und Gut mittelst obrigkeitlichen Beschlages [2]) ..... angreifen (Besitz ergreifen), dasselbe mit Zuziehung der Gläubiger oder des bestellten curatoris bonorum ordentlich inventiren und durch unparteiische verständige Leute schätzen lassen, hierauf ohne weiteren Aufschub nach Vorschrift des vorigen achtzehenten Kapitels §. 7 quanti plurimi verkaufen, und den erlösten Kaufschilling unter die Gläubiger der Ordnung und dem Prioritätserkenntnisse nach, soweit derselbe zureicht, vertheilen."

unter Umständen gilt, wo man „an die Ediktstage nicht so gebunden ist." S. oben S. 440.

1) Vgl. oben §. 3 S. 405 und S. 411.

2) Der Angriff mit Spann- und Wasenschnitt ist hier auch bei ungefreiten Personen nicht mehr üblich.

Beschlagnahme, Schätzung und Veräußerung geschehen nunmehr nach den Vorschriften der Novelle von 1837 Abschnitt VII. — In Ansehung des Hinschlages der zur Konkursmasse gehörigen Immobilien, auf welchen Hypotheken haften, steht das in §. 64 Abs. 2 und 3 des Hypothekengesetzes bestimmte Einlösungsrecht (s. oben S. 336 Nr. 13) auch den übrigen, mit einer Hypothek nicht versehenen Gläubigern zu [3]). Nur dieses Einlösungsrecht, aber weder das Recht, eine dritte Versteigerung zu verlangen [4]), noch das s. g. Ablösungsrecht (jus delendi) [5])

3) §. 69 des Hyp. Ges.

4) Sind alle Gläubiger darüber, eine dritte Versteigerung abzuhalten, einverstanden, so steht ihr natürlich Nichts im Wege.

5) GO. XIX. §. 17 Nr. 2; Nov. v. 1819 §. 37. „Wenn die minderbevorzugten Gläubiger das Meistgebot, welches auf die zur Masse gehörigen Güter in den zwei ersten Versteigerungstagen geschlagen wurde, nicht annehmbar finden, so soll noch zur dritten, jedoch unverzüglich auszuschreibenden Versteigerung geschritten werden. Melbet sich auch hiebei kein den erwähnten Gläubigern annehmlicher Käufer, so soll das Gericht von Amtswegen das in der GO. XIX. §. 17 bemerkte Ablösungsrecht (jus delendi) in Anwendung bringen, und zu diesem Ende alle dabei betheiligten Gläubiger auf einen bestimmten Tag vorladen, an welchem sie ohne weitere Bedenkzeit und, ohne daß sie eine vierte Feilbietung verlangen können, der gesetzlichen Ordnung nach (von dem letzten anfangend aufwärts) sich zu erklären haben, wer das Ablösungsrecht ausüben wolle.“ — Das Einlösungsrecht nach §. 64 des HG. tritt nach erfolgtem Hinschlage ein, welchen die Gläubiger nicht hindern können. Das Ablösungsrecht kommt zur Ausübung, wenn der Hinschlag von Gläubigern, welchen das Meistgebot nicht annehmbar scheint, gehindert wurde. — Der das Einlösungsrecht Ausübende hat nur das gelegte Meistgebot zu bezahlen, ein Mehreres aber nur in soferne als es zur Befriedigung derjenigen

steht nach zweimaliger öffentlicher, nicht völlig erfolgloser Feilbietung von Hypothekenobjekten den minder bevorzugten Gläubigern zu, welche das Meistgebot[6]) nicht annehmbar finden[7]). Nach dem geltenden Rechte kann es im Konkursverfahren

2) zur Ausübung des Ablösungsrechtes (s. oben Note 5), soferne in der zweiten Versteigerung überhaupt ein Gebot gelegt worden, nur bei Verwerthung solcher Be=

ihm vorgehenden, durch das Meistgebot nicht gedeckten Gläubiger erforderlich ist, welche sich gleichfalls zur Ausübung des Einlösungsrechtes gemeldet haben. Die Ausübung des Ablösungsrechtes aber verpflichtet zur Befriedigung aller gleichberechtigten und vorgehenden Gläubiger, ohne Rücksicht darauf, ob auch sie die Ausübung dieses Rechtes beabsichtigt haben oder nicht. S. übrigens Gönner, Komment. zum HG. I S. 535. Ueber den Unterschied zwischen Einlösungsrecht und Ablösungsrecht vgl. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 75.

6) In dem Falle des jus delendi, von welchem der §. 101 der Nov. von 1837 spricht, ist gar kein Gebot gelegt worden. Von diesem Falle handelt es sich nicht hier, sondern oben in Nr. 2 des Textes a. E.

7) Dieses Recht der Minderbevorzugten, das Meistgebot nicht annehmbar findenden Gläubiger war in Bezug auf den Zwangsverkauf von Hypothekobjekten auch für das Gantverfahren durch §. 64 und §. 69 des Hypothekengesetzes aufgehoben worden. Vgl. Gönner, Komment. zum Hyp. Ges. Bd. I. S. 550. Wenn nun im §. 114 der Nov. v. 1837 auf die GO. Kap. 19 und die Nov. v. 1819 Abschnitt 10 verwiesen wird, so versteht sich dieses mit der Beschränkung: soweit die allegirten Gesetze nicht durch neuere, insbesondere das Hypothekengesetz, entkräftet worden sind. — Das in §. 64 des HG. eingeräumte Recht, eine dritte Versteigerung zu verlangen, fällt nunmehr nach §. 92, 98—100 der Nov. v. 1837 weg, sowohl in als außer dem Konkurse.

sitzungen kommen, auf welchen keine Hypothek haftet[8]). Im Falle kein Gebot gelegt wurde, ist sowohl bei Hypothekobjekten als anderen Immobilien nach §. 101 der Novelle von 1837 zu verfahren. (S. oben S. 330 Note 59.)

Der Gläubiger, welchem die Ausübung des Ablösungsrechtes zuerkannt wurde, kann zur Erfüllung der dadurch übernommenen Verbindlichkeiten, auf Antrag der Betheiligten, vom Konkursgerichte angehalten werden[9]).

3) „Wenn etwa ein Gut „unter einem anderen Gerichte, als wo der Konkurs verhandelt wird, gelegen wäre, so soll die Subhastation von dem judici loci rei sitae, wenn er anders dazu sonst berechtigt ist, vorgenommen werden. Dagegen gebührt ihm in solchem Falle weder die Adjudikation noch Klassifikation und Distribution der Gant-Kaufschillingsgelder, sondern alles Dieses, was nicht den actum subhastationis betrifft, soll dem judicio concursus überlassen werden[10]). Dieses hat auch endlich

4) die Vertheilung der Gelder unter dem Vorwande, daß noch eine oder die andere Forderung ad separatam liquidationem ausgestellt, und in dem Klassifikationsurtheile einstweilen nur eventuell vorgemerkt sei, nicht zu verschieben, sondern in solchen Fällen entweder so viel, als die vorgemerkte und in suspenso gelassene Forderung beträgt, einstweilen in deposito zu behalten, oder den Gläubigern, welche in dem Prioritätsurtheile und in der

8) Nur in soweit und in Ansehung des Falles des §. 101 der Nov. v. 1837 ist richtig, was v. Stürzer in den Verh. der K. d. Abg. von 1837 (Bd. X. S. 504) bemerkte: der §. 37 der Nov. von 1819 sei durch den §. 114 der Novelle nicht aufgehoben.

9) Ansbacher AGE. vom 1. Okt. 1824 Nr. $3^{24}/_{25}$.

10) Anders verhält es sich außer dem Universalkonkurse. S. oben S. 276 Note 6 und S. 398.

Exekution nachzustehen haben [11]), das Ihrige gegen hinlängliche Kaution ausfolgen zu lassen".

Der Vertheilung pflegt die Entwerfung eines auf das rechtskräftige Prioritätsurtheil [12]) gebauten Distributionsplanes, und die Vernehmung der Betheiligten darüber voranzugehen. Aufgabe dieses Planes ist zuerst Feststellung des zu vertheilenden Aktivvermögens, wie sich dasselbe nach Abzug der Lasten und Konkurskosten nunmehr berechnet; hierauf die Bestimmung der auf die einzelnen Vertheilungs-Konkurrenten kommenden Summen, wobei darauf Bedacht zu nehmen ist, daß sich die Wirksamkeit der Hypothek-, Faustpfand- und Retentions- [13]) Vorrechte auf den Erlös gewisser Vermögensstücke beschränkt, und von diesem noch Lasten und Verwaltungskosten abgehen [14]). Diesem zufolge kann sich das Resultat ergeben, daß Gläubiger, welche nach dem Prioritätserkenntnisse in der zweiten oder dritten Klasse stehen, am korrespondirenden Platze des Distributionsplanes nicht oder mit geringeren Summen erscheinen. — Die hier erwähnte Ausscheidung der Erlöse einzelner Vermögensobjekte für die Bezahlung gewisser Gläubiger ist es, was als Bildung von Spezial- (Immobiliar- resp. Mobiliar-) Massen bezeichnet wird [15]).

11) Nämlich dem vor der Hand eventuell Lozirten.

12) Resp. die abändernden Verfügungen in den obergerichtlichen Erkenntnissen.

13) Es sind die Fälle des §. 21 der Pr. Ord. gemeint.

14) Nach §. 15 Abs. 2 der Prior.-Ordn.

15) Vgl. hierüber die ausführliche Erörterung in Lehner, Hyp. R. Bd. II. §§. 168—79. Ueber Berufungen gegen den Distributionsbescheid vgl. Bl. f. RA. Bd. XI S. 202, Bd. XV S. 80.

§. 18.

Von dem curatore bonorum und contradictore communi in concursu.[1])

I.

„Wenn 1) das auf der Gant stehende Vermögen groß ist, und besonders in liegenden Gütern oder Schuldforderungen besteht[2]), so soll der Richter zu gleicher Zeit, da man ad concursum generalem schreitet[3]), durch die Gläubiger einen tüchtigen curatorem bonorum erwählen lassen, oder, wenn sie sich nicht darüber vergleichen können, selbst einen von Amtswegen ernennen."

Hiezu wurde in der Novelle von 1819 §. 35 verordnet: „Bei Konkursen und Debitwesen soll in der Regel[4]) kein Advokat als Massekurator bestellt, sondern die Verwaltung der Konkursmasse einem am Orte des Konkursgerichtes wohnhaften, dazu tauglichen Gläubiger, und in dessen Ermangelung einem anderen in Verwaltungssachen erfahrenen Manne gegen hinreichende Sicherheit und für angemessene Belohnung[5]), allenfalls[6]) nach Ver-

1) Bayer a. a. O. §. 41.

2) Kleine, nur in Mobilien oder Renten bestehende Massen kann das Gericht selbst verwalten. Gönner, Komment. zur Nov. v. 1819 S. 451.

3) Von Ernennung eines Massekurators im Präliminarverfahren s. oben S. 405.

4) Eine Ausnahme ist zuzulassen, wenn am Orte des Konkursgerichtes keine andere dazu taugliche Person zu finden ist, oder wenn die Gläubiger ohne ausdrücklichen Widerspruch eines oder des anderen einen Advokaten dazu wählen, und das Gericht keinen erheblichen Anstand dabei findet. — Daß der fragliche Advokat Mitgläubiger ist, rechtfertigt für sich die Ausnahme nicht. Gönner a. a. O.

5) Worüber natürlich die Gläubiger zu hören sind, und auch der Schuldner Erinnerungen machen kann.

6) Die Vernehmung der Gläubiger ist hier niemals zu umgehen.

nehmung der im ersten Ediktstage ohnehin versammelten Gläubiger, übertragen, und für die vom Gerichtsorte entfernt liegenden, zur Masse gehörigen Güter in Ermangelung eines dafür schon vorhandenen Verwalters, ein in dortiger Gegend wohnender tauglicher Mann zum Verwalter bestellt werden."

„Dem ernannten Massekurator ist 2) nach vorläufiger Inventarisation und abgelegter Pflicht gedachtes Vermögen einzuräumen." Auch die bestimmte Sicherheitsleistung, wenn nicht alle Betheiligten darauf verzichten, hat der Einräumung vorherzugehen.

3) Die Aufgabe des Massekurators besteht darin, daß er das Vermögen „während des Konkursprozesses getreulich verwalte, was zur Gantmasse von Rechtswegen gehört, wieder dahin zu bringen trachte, die ausstehenden Aktivschulden durch rechtliche Mittel und Wege beitreibe, auch nöthigenfalls die zahlflüchtigen (säumigen) Schuldner bei ihrer gehörigen Obrigkeit belange[7]), und endlich den sämmtlichen Gläubigern über seine geführte

Wen die Majorität der Gläubiger als Kurator vorschlägt, den hat der Richter zu bestellen, wenn nicht erhebliche Bedenken obwalten. (Bei vorgeschlagenen Advokaten ist schon der Widerspruch eines oder einiger Betheiligten ein erhebliches Bedenken).

7) Das Verbot, die Massekuratel einem Advokaten zu übertragen, hindert nicht, zur Betreibung der Aktivforderung der Masse oder zur Führung einzelner dieselbe betreffenden Prozesse, einen oder nach Umständen mehrere Advokaten als Anwälte zu bestellen. Gönner a. a. O. S. 452. Ueber Deserviten der Gläubigerausschuß-Mitglieder vgl. Bl. f. RA. Bd. XII S. 92. Ueber Ausstands-Einklagung durch den Gemeinschuldner vgl. Seufferts Archiv Bd. III S. 262.

Verwaltung in judicio concursus förmliche Rechnung ablege."

Wichtige zweifelhafte Verwaltungsfragen wird ein umsichtiger Massekurator nicht auf seine Verantwortlichkeit nehmen, sondern darüber einen Beschluß des Gantgerichtes, resp. die Erklärung der Gläubiger einholen[7a]). In dieser Beziehung verordnete die Novelle von 1819 §. 35 weiter: „Auch sollen, um die aus der öfteren Einholung der richterlichen Genehmigung und aus der Rücksprache mit den Gläubigern entspringenden Nachtheile und Kosten zu vermeiden, bei jenen Konkursen, zu welchen größere Massen, besonders aber Güter gehören, die einer eigenen Verwaltung bedürfen, die Gläubiger aus ihrer Mitte einen Ausschuß von wenigstens zwei oder drei Mitgliedern wählen, welche in allen Verwaltungsangelegenheiten als Bevollmächtigte sämmtlicher Gläubiger zu handeln verbunden und berechtigt sind, an welche daher der Massekurator sowohl, als der Güterverwalter in Verwaltungsgegenständen um Rath und Entschließung sich zu wenden hat[8])."

Gönner a. a. O. S. 453 bemerkt hiezu: Nur in sehr wichtigen und außerordentlichen Vorfällen kann er (der Gläubiger-Ausschuß) auf die Vernehmung der sämmtlichen Gläubiger antragen, worüber er sich an das Gericht zu wenden hat, welches die Gläubiger mit spezieller Bekanntmachung des Gegenstandes auf einen bestimmten Tag durch Cirkularpatent einberuft, oder unter

7a) Ueber Differenzen in Ansehung der Verwaltung von Gantmassen vgl. Seuffert's Archiv Bd. I S. 312. Ueber Bescheidung der Massekuratel-Rechnung durch das Konkursgericht vgl. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 270.

8) Auch die Ernennung eines solchen Gläubigerausschusses kommt zuweilen schon im Präliminarverfahren vor.

Beilage der Vorschläge des Ausschusses zur schriftlichen Erklärung oder Abstimmung auf dem Patente auffordert. Was dann die Majorität der anwesenden oder stimmenden Gläubiger beschließt, ist für alle Gläubiger verbindlich."

4) Sachen, welche sich ohne Schaden konserviren lassen, soll der Kurator eigenmächtiger Weise von der Masse anders nicht, als auf Ratifikation der Kreditoren veräußern, auch das baare Geld ohne ihr Wissen und Willen nicht ausleihen, noch weniger zu seinem eigenen Nutzen verwenden, sondern dasselbe zu Gerichtshanden ad depositum liefern.

Von der dem Gläubiger-Ausschusse ertheilten Vollmacht hängt es ab, ob ihm auch bei Veräußerungen und etwaigem Ausleihen baaren Geldes die Vertretung der Gesammtheit zukomme oder nicht.

5) Den Gläubigern steht frei, aus rechtserheblichen Ursachen, deren Würdigung Sache des Richters ist, die Abdankung des bestellten Kurators oder die Beigebung von Adjunkten zu beantragen [8a].

6) Ist die Massekuratel mehreren Personen übertragen, so hat keiner, ohne den anderen Etwas zu verfügen, die Macht, soferne nicht das curatorium die Klausel „sammt und sonders" enthält.

7) „Niemand darf sich ohne erhebliche Ursache [9]) weigern, die ihm angetragene Kuratel zu übernehmen, viel weniger die einmal übernommene abzugeben." Wohl aber kann sich der ernannte Kurotor weigern, die Ver-

8a) Ueber Entfernung eines Massekurators vgl. Seuffert's Archiv Bd. I S. 443.

9) Die Würdigung der Erheblichkeit liegt im Ermessen des Richters, welcher sich dabei an die Analogie der Exkusationsgründe bei der Vormundschaft halten kann.

waltung gegen Kautionsleistung zu übernehmen. In der Vorschrift der GO., welche die beliebige Ablehnung der Wahl verwirft, war das Ansinnen einer Kautionsleistung nicht vorausgesetzt. Auch weiß das Hypothekengesetz [10]) Nichts von einem gesetzlichen Hypothekentitel auf das Vermögen von Kuratoren solcher Art.

8) „Was durch des Kurators merklichen Unfleiß [11]) die Gläubiger Schaden leiden, soll dieser wieder ersetzen." Dagegen gebührt ihm

9) für seine hiebei gehabte Mühewaltung eine verhältnißmäßige Belohnung, welche ihm die Obrigkeit, im Falle er sich mit den Kreditoren nicht darüber vergleichen kann, der Billigkeit nach auszusprechen, und sowohl diese, als alle anderen nöthigen Kuratelskosten den gerichtlichen bei Verfassung des Prioritätserkenntnisses gleich zu schätzen hat [12])."

II.

„Die Bestellung eines gemeinschaftlichen Kontradiktors, welcher die Stelle des Schuldners gegen die Gläubiger im Konkurse zu vertreten hat, soll an jenen Orten, wo dieselbe bisher nicht üblich gewesen ist, auch in Zukunft unterlassen werden, und jeder Gläubiger gleichwohl selbst gegen seine anderen Mitgläubiger sowohl in

10) Vgl. dessen §. 12 Nr. 12 mit GO. XIX §. 18 Nr. 10.

11) Kreittmayr bemerkt hiezu, der Massekurator habe nur für culpa lata zu haften.

12) Vgl. §. 31 der Prior.-Ordn. — S. jedoch in Ansehung der von Gantrealitäten im Laufe des Gantverfahrens zu entrichtenden Abgaben und Reallasten, dann auf deren Benützung, Erhaltung und Verwaltung zu bestreitenden Kosten — §. 15 Abs. 2 der Prior.-Ord. und Bl. f. RA. Bd. IX S. 279—80.

Ab= als Anwesenheit des Schuldners die Stelle des Kontradiktor's, so gut er kann und mag, zu vertreten haben.

Der Kontradiktor erscheint im gemeinen Konkursprozesse als Vertreter des Schuldners. Da nun dieser im bayerischen Gantverfahren sein Interesse selbst zu wahren befugt ist, und durch Beiladung dazu veranlaßt wird, so erklärt sich daraus, daß die Bestellung eines Kontradiktors nicht allgemein vorgeschrieben wurde. Wo derselbe nach der Gerichtsübung vorkommt, wird er vom Gantrichter ernannt und verpflichtet; und hat gegen angemessene Honorirung die Aufgabe, die Liquidität der angemeldeten Forderung zu prüfen und nach Befund zu bekämpfen; mit der Prioritätsfrage hat er nichts zu thun[13]).

§. 19.

Von Partikularzahlungen und Veräußerungen vor und nach angefangenem Konkurse[1]).

I.

Veräußerungen, welche ein Hypothekschuldner vor der Ganteröffnung, resp. vor dem obrigkeitlichem Veräußerungsverbote mit Hypothekobjekten vornimmt, hindern die Hypothekgläubiger nicht, ihre Rechte auf die Sache gegen den dritten Besitzer zu verfolgen[2]). Nach dem älteren Rechte konnte auch baar Geld Gegenstand einer Hypothek sein. Daraus erklärt sich, daß die GO. in Nr. 1 des vorliegenden §en, welche von den Rechten der Hypothekgläubiger gegen dritte Besitzer spricht, Partikularzahlungen

13) Vgl. Bayer a. a. O. §. 42, 43. Ueber die Befugniß des Kontradiktors, Rechtsmittel zu ergreifen, vgl. Seuffert's Arch. Bd. III S. 268, Bd. VI S. 154.

1) Bayer a. a. O. §. 24, 27.

2) §§. 54—57 des Hyp.=Ges.

mit Veräußerungen zusammenstellt. Was in dieser Nr. des §. von Partikularzahlungen gesagt ist, findet keine Anwendung mehr [3]).

Die Vorschrift, nach welcher die Klage des Hypothekgläubigers gegen den dritten Besitzer der Hypotheksache wegfallen sollte, wenn „bereits landesgebräuchliche Nutzung und Gewähr darauf ersessen worden" — ist durch §. 31, 32 des Hyp.-Ges. außer Kraft gesetzt.

II.

Hat ein Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses, resp. vor dem obrigkeitlichen Dispositionsverbote sein Vermögen durch Veräußerungen zum Nachtheile seiner Gläubiger verringert, so kann zwar deren Gültigkeit nicht angefochten [4]), wohl aber von den beeinträchtigten Gläubigern Reszission derselben gesucht werden [5]). Nähere Grundsätze über die Bedingungen und die Natur dieser Rechtshülfe sind:

1) Der Schuldner muß freiwillig [6]) eine Handlung

3) Bl. f. RA. Bd. III S. 337, 367.

4) Abgesehen von anderen aus der Beeinträchtigung der Gläubiger nicht entspringenden Anfechtungsgründen.

5) Ueber die Anwendung der GO. XIX § 19 Nr. 2, 3 in den vormals preußischen Provinzen — s. Arnold in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 209—10. S. auch Bd. II S. 378. Ueber die Begründung der actio Pauliana Bl. f. RA. Bd. XVIII Erg.-Bl. S. 32.

6) Veräußerungen und Zahlungen, welche auf gerichtlichen Befehl oder zur Abwendung gerichtlicher Exekution geschehen, gehören nicht hieher; so auch eine Hypothekbestellung, um einen auf Zahlung einer ausgeklagten Forderung dringenden Gläubiger zur Nachsicht zu bestimmen. A. D. Weber, Beitr. zur Lehre von Klagen und Einreden St. I Nr. 7.

vorgenommen haben, durch welche sein Vermögen verringert wurde. Dieses kann geschehen

a) durch Akte der Liberalität [7]), insbesondere durch Schenkungen und Remission von Ansprüchen, gleichviel ob diese ausdrücklich erklärt, oder z. B. durch Unterlassung der Geltendmachung bethätigt wurde; — b) durch Uebernahme neuer Verbindlichkeiten und Lasten, insbesondere auch durch Bestellung von Pfandrechten und Hypotheken [8]); c) durch Befriedigung einzelner Gläubiger vor den anderen [9]). d) Selbst oneröse Veräußerungen sind der Re-

7) Zuwendungen an Kinder, zur Aussteuer resp. Begründung des Haushaltes erscheinen als Akte der Liberalität, wenn der Vater mehr gab, als er zu geben verbunden war. Dieses gilt aber nur im Verhältnisse zu den Kindern, nicht in dem zum Ehemanne der dotirten Tochter, welcher gegen die empfangene Dos die ehemännlichen Verbindlichkeiten übernahm. S. unten Note 18. Vgl. Arnold in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 211—13. Seuffert's Arch. Bd. I S. 434.

8) Ueber die actio Pauliana gegen eingetragene Hypotheken vgl. Seuffert's Archiv Bd. I S. 433, Bd. II S. 154, Bd. IV S. 456, Bd. VI S. 124. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 25, Bd. XIX S. 296. — S. jedoch oben Note 6. — Durch die Eintragung in das Hypothekenbuch wird die Reszission gegen den ursprünglichen Hypothekempfänger, und gegen einen Cessionar, welcher lukrativ oder nach eingetragener Protestation oder in bösem Glauben erworben hat, nicht gehindert. Bl. f. RA. Bd. II S. 380 und Bd. VIII S. 222.

9) Nach gemeinem Rechte begründet dieses die Reszission nur dann, wenn entweder eine noch nicht fällige Schuld berichtigt wurde, oder die Einzelnen geleistete Zahlung deßwegen als besondere Begünstigung erscheint, weil andere Gläubiger ihre Befriedigung gleichmäßig betrieben haben. Fr. 6 §. 2 de rebus auct. jud. (42, 5); fr. 6 §. 6, 7, fr. 10 §. 12, 16; fr. 17 §. 2, fr. 24 quae in fraudem (42, 8). Vgl. Laspeyres im Arch. für civ. Pr. Bd. XXI Nr. 2 mit Franke

szission unterworfen. — Dagegen fällt diese weg, wenn nicht das vorhandene Vermögen verringert, sondern nur ein neuer Erwerb verschmäht wurde [10]), z. B. im Falle der Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses [11]), oder bei Unterlassung des Abzuges der Falcidischen oder Trebellianischen Quart [12]).

2) Der Schuldner muß die in Frage befindliche Verringerung seines Vermögens in der Absicht vorgenommen haben, seine Gläubiger zu verkürzen, nämlich denselben die Mittel ihrer Befriedigung zu schmälern [13]). Bei der Ver-

ebendaselbst Bd. XVI Nr. 5; Seuffert's Arch. Bd. II S. 445, Bd. III S. 266, Bd. IV S. 458, 459, Bd. VI S. 428, Bd. IX S. 459. Nach bayerischem Rechte hingegen schützt der Umstand, daß einem wachsameren Gläubiger ohne gerichtliche Nöthigung gezahlt, resp. für künftige Zahlung durch Hypothekbestellung Sicherheit geleistet wurde, im Falle fraudatorischer Absicht des Schuldners nicht gegen die Reszission. Vgl. Kreittmayr Anmerk. lit. b mit Baron Schmid zum proc. edict. Tit. 2 Art. 32 Nr. 7. S. jedoch unten Note 13 und oben Note 6.

10) Nach gemeinem Rechte ist es kontrovers, ob in dieser Beziehung nicht eine Ausnahme zu Gunsten des Fiskus bestehe. Vgl. fr. 26 mit fr. 45 pr. de jure fisci (49, 14). Im bayerischen Rechte ist dieselbe nicht recipirt. B. Schmid a. a. O. Nr. 30 (welcher indessen schwankt) und Bl. f. RA. Bd. VI S. 30—32. Kreittmayr erwähnt in den Anmerk. lit. d des fiskalischen Vorrechtes nur in Darstellung des gemeinen Rechtes, wie die folgenden Worte „der Codex geht u. s. w." unverkennbar zeigen.

11) Fr. 6 pr. §§ 1—5 quae in fraudem.

12) Fr. 19, 20 eod.

13) Fr. 1 pr. fr. 19 pr. eod. Seuffert's Arch. Bd. III S. 264, Bd. IV S. 459, Bd. VII S. 303, Bd. XI S. 153. Diese Absicht muß aus den Umständen erhellen. (Z. B. Veräußerung unmittelbar vor Einleitung der allgemeinen Debit-

schenkung des ganzen Vermögens versteht sich diese Absicht von selbst [14]). Uebrigens kann der Schuldner seine Insolvenz gekannt und doch in gutem Glauben gehandelt haben, indem er auf Vermögenszuwachs durch Erbschaften, gelingende Spekulationen oder andere Glückszufälle rechnete [15]).

verhandlungen, eilige heimliche Betreibung derselben, niederer Preis, Verwandtschaft des Empfängers, Veräußerung auf Kredit, Vorbehalt des Besitzes.) Vgl. Komment. Bd. III S. 282 ff. In Fällen, in welchen einem wachsameren, vor anderen auf Zahlung dringenden Gläubiger diese oder durch Hypothekbestellung Sicherheit geleistet wurde, ist allerdings ein bedeutsames Moment gegen die Annahme einer bösen Absicht des Schuldners vorhanden. — Uebrigens müssen die besonderen Umstände, aus welchen die Gefährde erhellen soll, bei Anstellung der actio Pauliana schon in der Klagschrift angeführt werden; die allgemeine Behauptung, daß hier Gefährde gespielt worden, genügt nicht; auch muß, wenn zu interloquiren ist, der Beweissatz die relevanten widersprochenen Umstände enthalten. Bl. f. RA. Bd. II S. 234. (Nicht entgegen Komment. Bd. III S. 298 f. Denn an dieser Stelle wird vorausgesetzt, daß im Vorverfahren eine bestimmte Thatsache z. B. der außereheliche Beischlaf behauptet worden. Der Ausdruck „Gefährde" bezeichnet einen Rechtsbegriff, nicht aber bestimmte Thatsachen.)

14) Fr. 17 §. 1 eod. Vgl. Arnold in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 211.

15) Hagemann, prakt. Erört. Bd. VII Nr. 84. Will der mit der actio Pauliana Verklagte die durch die vorliegenden Umstände begründete Annahme einer gefährdevollen Veräußerung oder Partikularzahlung durch solche für das Gegentheil sprechende Momente entkräften, so hat er in speziellen Thatsachen anzuführen und glaubhaft zu machen, daß der Schuldner Hoffnungen der bezeichneten Art wirklich gehegt und zu hegen gute Ursache gehabt habe.

3) Es muß eine Verkürzung der Gläubiger vorliegen, d. h. das Aktivvermögen zu deren Befriedigung unzureichend sein [16].

4) Nach gemeinem Rechte muß der Erwerber bei onerosen Veräußerungen an der widerrechtlichen Absicht des Schuldners Theil genommen, d. h. bei Eingehung des Geschäftes gewußt haben, daß dadurch eine Verkürzung der Gläubiger bezweckt werde [17]. Nach der Vorschrift der GO. (Nr. 2, 3) gilt diese Bedingung nicht; durch bösen Glauben des Erwerbers ist nicht die Reszission überhaupt, sondern nur die unentgeltliche Reszission bedingt [18].

5) Die Reszissionsklage (actio Pauliana) steht den Gläubigern zu, zu deren Verkürzung die dolose Handlung des Schuldners mit Erfolg unternommen wurde [19]. Daher können sich diejenigen Gläubiger, deren Forderungen erst nach der fraglichen Veräußerung entstanden, derselben nicht bedienen, ausgenommen, wenn mit dem von ihnen dargeliehenen Gelde ältere Gläubiger, gegen welche die böse Absicht des Schuldners gerichtet war, befriedigt wor=

16) Fr. 10 §. 1, fr. 15 eod.

17) Fr. 10 §. 2—4 eod. Nimmt man nach gemeinem Rechte zu Gunsten des Fiskus wegen fr. 18 §. 10, fr. 21 de jure fisci (49, 14) eine Ausnahme an, so gilt diese doch nicht nach bayerischem Rechte. S. oben Note 10.

18) Geschah die Verringerung des Vermögens durch Dotirung einer Tochter, so ist die Reszission dem Empfänger der Dos (dem Ehemanne) gegenüber durch dessen Theilnahme an der Gefährde bedingt, weil hier von einer Zurückgabe der Gegenleistung, welche in der Uebernahme der ehemännlichen Verpflichtungen besteht, nicht die Rede sein kann.

19) Seuffert's Arch. Bd. II S. 153. Bestand die Vermögens=Verringerung in einer Partikularzahlung, so können Gläubiger, welchen der Bezahlte vorgegangen wäre, die Reszissionsklage mit Erfolg nicht anstellen.

den sind [20]). Gläubiger, welche um die Veräußerung wußten, und sie ohne Einspruch geschehen ließen, sind von der Anfechtung ausgeschlossen [21]).

6) Beklagter ist zunächst der Empfänger [22]) oder dessen Erbe [23]). Aber auch gegen einen dritten Besitzer [24]) findet die Klage Statt, soferne derselbe lukrativ erworben oder bei dem Erwerbe Wissenschaft von der widerrechtlichen Absicht der ersten Veräußerung hatte [25]).

7) Zweck der Klage ist Wiederherstellung des vor der Veräußerung stattgefundenen Zustandes [26]), demnach, nach Verschiedenheit des Falles, Zurückgabe der veräußerten Sache oder Herausgabe des durch deren Weiterverkauf erzielten Gewinnes, Realisirung der von dem Schuldner aufgegebenen Forderung, Aufhebung der übernommenen Verbindlichkeit oder des bestellten Pfandrechtes [27]). Von

20) Fr. 15, 16 vgl. mit fr. 10 §. 1 eod.

21) Fr. 6 §. 9 eod.

22) Vgl. §. 6 Inst. de act. (4, 6) mit fr. 9 quae in fraud. cred. — Bl. f. RA. Bd. IX S. 211.

23) Der Erbe nur insoweit er bereichert ist. Fr. 10 §. 25 vgl. mit fr. 11 eod.

24) Diesem gleichzuachten ist der Cessionar einer Forderung, für welche eine reszissible Hypothek bestellt ist. War die Hypothek zur Zeit der Cession ohne Protestation eingetragen, so findet die Reszission gegen den (onerosen) Cessionar nur unter Voraussetzung seines bösen Glaubens Statt. §. 25, 26 Nr. 4 des HG.

25) Vgl. die in Note 22 allegirten Stellen.

26) So weit es das Interesse des Klägers erfordert. Dieser kann nicht mehr verlangen, als ihm abgeht. Arnold a. a. O. S. 213 Nr. 7.

27) Fr. 9, 10 §. 22, 23, fr. 14 eod. Ist einem Gläubiger, was ihm gebührt, nur von der Verfallzeit entrichtet worden, so wird nach gemeinem Rechte mit der actio Pauliana das

einem Beklagten in bösem Glauben kann der Ersatz des vollen Interesse verlangt werden, insbesondere Vergütung aller gezogenen und aus Nachläßigkeit nicht gezogenen Früchte [28]). War hingegen der Beklagte in gutem Glauben, so haftet er nur, in so weit er bereichert ist [29]), und Früchte nach Mittheilung der Klage gezogen hatte [30]).

8) Dem Beklagten gebührt der Ersatz der an den Schuldner entrichteten Gegenleistung [31]); jedoch im Falle des bösen Glaubens nicht weiter, als in der Aktivmasse

Interusurium gefordert. Fr. 10 §. 12 eod. Nach bayerischem Rechte ist auch ein Gläubiger, welcher nur das ihm Gebührende empfing, bei dem Dasein der sonstigen Erfordernisse, der Klage auf Herausgabe des Empfangenen (also nicht blos auf das Interusurium) unterworfen. S. oben Note 9. Ueber den Fall, wenn die Veräußerung in Ueberweisung einer Forderung bestand — s. Arnold a. a. O. S. 213 Nr. 6.

28) Fr. 10 §. 20 eod.

29) Fr. 6 §. 11 eod. Daß reszissible Veräußerungen, resp. Zahlungen auch noch an andere Personen stattgefunden, begründet keine Einrede der Theilung. Arnold a. a. O. S. 215.

30) Fr. 25 §. 4, 5 eod. (Der §. 4 spricht auch von Herausgabe der Früchte, „qui alienationis tempore terrae cohaerent.")

31) Bei Partikularzahlungen besteht der Ersatz der Gegenleistung in Wiederherstellung der durch die Zahlung getilgten Forderung. War bei Mittheilung der Reszissionsklage der erste Ediktstag schon abgehalten, so muß der Reszissionsbeklagte zur nachträglichen Liquidation zugelassen werden, derselbe darf aber dieselbe, oder wenigstens die gehörig motivirte Nachsuchung einer Frist, von Mittheilung der Reszissionsklage an, nicht längere Zeit verzögern, als zur Nachsuchung der Restitution vergönnt ist. Daß etwa schon das Prioritätsurtheil erlassen worden, steht dieser nachträglichen Liquidation nicht im Wege, wohl aber die bereits erfolgte Vertheilung der Masse.

davon vorhanden ist [32]). In diesem Falle können von den Verwendungen nur die nothwendigen aufgerechnet werden; wohingegen der Beklagte in gutem Glauben auch auf Vergütung der nützlichen bestehen kann [33]).

9) Die Reszissionsklage ist geboren, sobald ausgemittelt ist, daß eine Verkürzung der Gläubiger wirklich stattfindet. Dieses kann sich schon in dem Präliminarverfahren des Konkurses, bei Prüfung des Aktiv- und Passivstandes, und auch außer einem allgemeinen Verfahren bei Exekutionen wegen einzelner Forderungen herausstellen [34]).

10) Die Reszissionsklage verjährt in Zeit eines Jahres [35]); nur insoweit als der Gegner bereichert ist, dauert sie 30 Jahre [36]).

32) Fr. 7, 8 eod. Gleichviel ob in Natura, oder durch angeschaffte Sachen, oder dadurch, daß mit dem Kaufgelde bevorzugte, den Reszissionsklägern vorgehende Gläubiger befriedigt wurden. Der Erfolg der Reszission soll nie Vermehrung (Bereicherung) des schuldnerischen Vermögens, sondern nur Aufhebung der gefährdevoll bewirkten Verringerung sein. — Die Nr. 3 des §. 19 kann nicht so verstanden werden, als ob dem Beklagten, wenn er Mitschuldiger der Gefährde war, auch das von der Gegenleistung noch in der Masse Vorhandene nicht zu Gute kommen sollte.

33) Vgl. fr. 10 §. 20. eod.

34) So oft ein Exekutionsverfahren wegen Mangels an Exekutionsmitteln — in Folge vorhergegangener reszissibler Vermögens-Schmälerungen erfolglos geblieben ist. Bl. f. RA. Bd. III S. 193, Bd. IX S. 211, 297, Bd. XIII S. 86; Seufferts Arch. Bd. III S. 266, Bd. XI S. 462.

35) Fr. 6 §. 14, fr. 10 §. 18 eod. Das fragliche Jahr ist annus utilis; diejenigen Tage, an welchen die Klagstellung gehindert war, kommen daher nicht in Rechnung. S. hierüber Savigny, RR. Bd. IV S. 428 ff.

36) Fr. 6 §. 24 eod.

11) Die Reszission kann auch auf dem Wege der Einrede, z. B. gegen Hypotheken, welche im Gantverfahren zur Geltendmachung kommen, oder mittelst einer Replik, z. B. gegen die Einrede der Remission von Seite eines Schuldners des Kridars, begehrt werden[37].

III.

„Was der Schuldner erst nach angefangenem Generalkonkurse[38]) oder gegen obrigkeitliches Verbot noch bezahlt, veräußert, verschreibt, verpfändet, oder sonst immer zum Nachtheile, oder zur Verminderung der Gantmasse thut, oder unterläßt, ist von gar keiner Kraft, und kann sowohl von dem bestellten curatore bonorum, als den Gläubigern ohne Unterschied allezeit wieder revocirt werden."

Unter dem obrigkeitlichen Verbote ist dasjenige verstanden, welches im Präliminarverfahren, während die Frage der Konkurseröffnung schwebt, erlassen zu werden pflegt. Hatten einzelne Gläubiger früher hinsichtlich gewisser Sachen Arreste oder Veräußerungsverbote erwirkt, so kann dieses anderen Gläubigern zur Anfechtung der verbotswidrig geschehenen Veräußerung nicht dienen[39].

Nach Eröffnung des Konkurses, resp. nach Erlassung des obrigkeitlichen Verbotes kann zwar der Schuldner nicht angehalten werden, positive Handlungen zum Vortheile seiner Gläubiger vorzunehmen, z. B. die Antretung einer angefallenen Erbschaft zu erklären[40]; Erwerbe aber,

37) Bl. f. RA. Bd. III S. 196, Bd. XI S. 205.

38) S. oben §. 3 S. 400 ff.

39) Bl. f. RA. Bd. II S. 379—80.

40) Auch Kreittmayr in den Anmerk. lit. d. spricht nur von der Unwirksamkeit der Repudiation. Die Annahme, daß der

welche ohne sein Zuthun gemacht werden können, vermag er durch Ausschlagung oder Unterlassung des Zugreifens nicht zu hindern, z. B. den Erwerb einer ihm als suus heres zugefallenen Erbschaft, oder einer ihm vermachten, dem Vermächtnißgeber eigenthümlich gehörigen Sache.

IV.

„Es soll sich auch die Obrigkeit während des Konkursprozesses aller Partikularzahlungsanweisungen enthalten.“ Ausgenommen hievon sind

1) die in §. 12 der Pr.=Ord. unter Nr 3 bis 8 bezeichneten, absolut privilegirten Forderungen, von welchen der §. 13 des eben erwähnten Gesetzes bestimmt, daß, was von den hierunter begriffenen Leistungen und Abgaben während des Konkurses fällig wird, aus den vorhandenen Mitteln unverzüglich entrichtet werden soll.

2) Hypothekgläubiger können für liquide Forderungen, zu deren Befriedigung der Erlös der hypothezirten Sache ungezweifelt hinreicht, auch während des Konkurses ganz oder theilweise ihre Befriedigung verlangen. Auch ist Bedacht zu nehmen, daß von solchen Forderungen die (laufenden) Zinsen aus dem Ueberschusse an Früchten und Ren=

curator bonorum oder die Gläubiger statt des Schuldners die angefallene Erbschaft anzutreten befugt seien, würde mit den Lehren des Erbrechtes in offenem Widerstreite stehen. Fr. 90 pr. de adquir. hered. (29, 2). Vgl. Bl. f. RA. Bd. X S. 237. — Nicht entgegen Bayer. LR. Th. III Kap. 1 §. 5 Nr. 3, welche Stelle nicht von curatoribus bonorum, sondern nur von curatoribus personarum (LR. Th. I Kap. 7 §. 35—38) spricht. — Vgl. übrigens OAGAkten Reg.=Nr. 1788$^{56}/_{57}$.

ten der hypothezirten Sache zur Verfallzeit richtig bezahlt werden[41]).

3) Die Wittwe des Kridars, welche aus der Gant ihr Vermögen zu fordern hat[42]) und sonstiger Mittel zu ihrem Unterhalte entbehrt, soll nicht nur die Alimentation (nach Gestalt ihres Standes, Heirathgutes und des Belaufes der Erbschaft) aus der Masse zu beziehen haben, sondern auch in solchem Falle wider ihren Willen aus dem Besitze der zurückgelassenen Habe und Güter während des Prozesses nicht gesetzt werden, wogegen dieselbe über Alles, was sie über ihren gebührenden und von dem Richter erkannten Unterhalt eingenommen hat, ordentliche Rechnung ablegen, und, wenn es die Gläubiger begehren, auch hinlängliche Sicherheit leisten[43]), mithin Das, was sie von besagter Administration auf Abschlag genossen hat, zu seiner Zeit wieder in Abzug bringen lassen muß[44]).

Endlich darf auch

4) armen bedürftigen Gläubigern der nöthige Unterhalt aus der Gantmasse einstweilen auf Abschlag ihrer Forderungen, soweit solches ohne anscheinende Verlustsgefahr und Nachtheil anderer gleich oder mehr privilegirter Gläubiger geschehen kann, verabreicht werden[45]).

41) §. 70 des HG.

42) Aldosser in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 276. Auf Eheweiber, welche mit dem Verstorbenen in allgem. Gütergemeinschaft standen, kein gesondertes Gut zu fordern haben, und die Haftung für die Schulden theilen, findet diese Vorschrift keine Anwendung.

43) An der Unfähigkeit, die begehrte Kaution zu leisten, wird wohl häufig die Belassung in der Gutsverwaltung scheitern.

44) GO. XIX §. 19 Nr. 6.

45) GO. a. a. O. Nr. 5.

§. 20.

Von Manifestirung des vergannteten Vermögens und der Obliegenheit nach dem Konkursprozesse.

I.

„Der auf die Gant getriebene Schuldner ist verbunden, nicht nur sein ganzes Vermögen sammt allen ausstehenden Faustpfändern und Aktivschulden bei Errichtung des Inventariums anzuzeigen, sondern auch auf Begehren des curatoris bonorum oder der Gläubiger den Manifestationseid darüber abzuschwören.“

Schon in dem Präliminarverfahren kann dem Schuldner die Vorlage seines Aktiv- und Passivstandes aufgegeben, aber nicht die Ablegung des Manifestationseides angesonnen werden [1]). Nach eröffneter Gant ist die Auftragung des Manifestationseides dadurch, daß er von den Gläubigern einstimmig oder doch von der Mehrheit verlangt wird, keineswegs bedingt; indem ja nur diejenigen Gläubiger ein Interesse dabei haben, an welche die Masse nach dem gegenwärtigen Bestande voraussichtlich nicht langt.

1) Feust in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 209. — S. jedoch für den Fall, wenn der Schuldner auf den Zwangsbeitritt zu einer Nachlaß- oder Fristenbewilligung anträgt — oben S. 369. Ganz in der Lage eines auf die Gant getriebenen Schuldners ist Derjenige, bei welchem sich in einem einzelnen Exekutionsverfahren keine Exekutionsobjekte finden. S. oben S. 296. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 62. — Die Frage, ob nach beendigtem Konkurse ein Gläubiger, welcher nicht zu seinem Gelde gelangte, jetzt erst dem Schuldner die Leistung des Manifestationseides ansinnen könne, wurde von dem OAG. in der Rechtssache Nr. $1055^{36}/_{37}$ negativ entschieden.

Das in der G.O. XIII §. 5 angedrohte Präjudiz, wonach bei Verweigerung des Manifestationseides von Seite des Schwurpflichtigen der Gegner zum juramentum in litem gelassen werden soll, würde einem auf die Gant getriebenen Schuldner gegenüber ganz bedeutungslos sein. Vielmehr ist dieser nöthigenfalls durch Androhung und Verhängung von Personalarrest zur Erfüllung seiner Obliegenheit anzuhalten [2]).

Was Rechtens, wenn der Schuldner wissentlich und gefährlicher Weise Vermögensstücke zurückhält oder unterschlägt, ist im Strafgesetzbuche bestimmt [3]).

II.

„Allen denen, welche sich bei Konkursen entweder gar nicht gemeldet, oder wenigstens das Ihrige nicht erlangt haben [4]), bleibt der weitere Regreß sowohl gegen den Hauptschuldner selbst, wenn er mit der Zeit wieder zu Kräften kommt, als gegen einen Dritten, welcher für die Schuld mithaftete, allerdings vorbehalten."

Hierüber ist zu bemerken:

1) Eine Abweisung liquidirter Forderungen aus Gründen, welche nicht in den Eigenthümlichkeiten des Konkursprozesses fußen, sondern auch im ordentlichen Prozesse zu

2) Feust in v. Zurhein's Zeitschrift Bd. I S. 178; Bl. f. RA Bd. II S. 320, Bd. III S. 188 Note 5.

3) Th. I Art. 273—9.

4) Dieses gilt auch von demjenigen Gläubiger, welcher das jus delendi ausgeübt, aber damit die Befriedigung seiner Forderung nicht erlangt hat. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 223. Ueber Belangung des wieder zu Kräften gekommenen Kridars vgl. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 394, Bd. XIX S. 172. Seuffert's. Arch. Bd. I S. 441, Bd. II S. 312, 313, VI S. 160, VIII S. 148.

demselben Resultate führen würden, äußert ihre Wirksamkeit auch nach dem Ausgange des Konkurses, und verschafft dem Schuldner, wenn er später von dem abgewiesenen Gläubiger nochmals belangt wird, den Schutz der exceptio rei judicatae. Dieses gilt z. B. in Fällen, wo eine Forderung als rechtlich unbegründet oder wegen Nichtleistung des dem Gläubiger zurückgeschobenen oder über eine Einrede zugeschobenen Eides abgewiesen wurde [5]). Anders verhält sich aber die Sache, wenn die Abweisung oder vielmehr der Ausschluß eines Liquidanten aus Motiven erfolgt, die von den besonderen Eigenschaften des Konkursprozesses hergenommen sind, wenn der Liquidant sich die Abweisung durch Versäumnisse zugezogen hat, welche nur in dieser Art des Verfahrens vorkommen. Der Endzweck des Konkursprozesses besteht darin, daß die vorhandene Aktivmasse, soweit sie reicht, unter den Gläubigern, deren Ansprüche liquid vorliegen, in Gemäßheit der Prioritätsordnung vertheilt werde. Die Besonderheiten desselben sind hiernach darauf gerichtet, so schleunig, als es sich mit der Gründlichkeit verträgt, auszumitteln, welche Forderungen in dem Prioritätsurtheile einen Platz erhalten, und an welchem Platze sie zur Vertheilung der vorhandenen Aktivmasse konkurriren mögen. Dieser Richtung entsprechend, hat der Ungehorsam, bei dem gegen die eigenthümlichen Normen des Konkursverfahrens gefehlt wird,

5) Seuffert im Archive für civ. Praxis Bd. XI S. 370. Vgl. Kreittmayr in der Anmerk. lit. b: „ohne Unterschied, ob er das Seinige nur aus Unzulänglichkeit der Gantmasse, oder etwa ex defectu liquidationis, legitimationis, und sonst nicht erlangt hat.“ Von einem wegen Ungrundes der Klage oder wegen Nichtleistung eines Eides abgewiesenen Liquidanten läßt sich nicht sagen, daß er „das Seinige“ nicht erlangt habe.

nur die Folge der Präklusion, d. h. die betreffende Forderung wird bei Vertheilung der vorhandenen Aktivmasse nicht berücksichtigt[6]).

2) Das Recht der Nachforderung erstreckt sich auch auf Zinsen, deren Zahlung durch die Ganteröffnung sistirt wurde[7]), Verzugszinsen ausgenommen[8]).

3) Daß der Schuldner „wieder zu Kräften gekommen sei[9])", ist nicht Bedingung der Klagestellung, sondern nur Voraussetzung neuerlicher Hülfsvollstreckung[10]). Im Wege der Exekution soll das neu erworbene Vermögen nicht angegriffen werden, so lange es unbedeutend ist. In Beurtheilung des einzelnen Falles hat hier der Richter freieren Spielraum. Er kann das Verhältniß des neuerworbenen zu dem früheren Vermögen des Schuldners, die Aussicht, demselben durch längere Nachsicht zu dauernder Begründung eines neuen Hausstandes zu verhelfen, ferner die Bedürfnisse der Familie des Schuldners, wie die Vermögenslage des Gläubigers, überhaupt alle Umstände berücksichtigen, welche auf der Wage der Billigkeit einiges Gewicht haben. Einen Anspruch auf Freilas-

6) Seuffert a. a. O. S. 371.

7) Diese Sistirung geschieht nicht zum Besten des Schuldners, sondern bezieht sich auf das Verhältniß der Gläubiger zu einander. Ansbacher AGE. vom 18. Sept. 1818 Nr. $^{104}/_{1818}$.

8) Während des Gantprozesses konnte und durfte der Schuldner nicht zahlen, das Nichtzahlen kann daher nicht als Verzug zugerechnet werden.

9) K. Schmid proc. edict. Tit. 4 Art. 8, 9 Nr. 5: „si ad pinguiorem fortunam pervenerit".

10) Gajus II. 155: „cum . . . . ., si quid postea adquirant, etiam saepius bona venire soleant". — Fr. 6 de cess. bon. (42, 3): „iterum bona ejus non veneunt; fr. 7 eod.: permittitur rursum ejusdem debitoris bona distrahi". Vgl. Bayer a. a. O. §. 11 Note 6, §. 26, 55.

ung des Lebensunterhaltes für sich und seine Familie hat nur derjenige Schuldner, welchem das beneficium cessionis bonorum zuerkannt wurde[11]).

4) Ist die Forderung im Prioritätsurtheile zugesprochen worden, und nur wegen Insuffizienz der Masse unbefriedigt geblieben, so kann die Nachforderung sofort durch ein Exekutionsgesuch (s. Kap. XVIII §. 1) geschehen[12]).

5) Mit der Belangung Dritter, welche für die Schuld mithaften, braucht bis zum Ausgange der Gant nicht gewartet zu werden. Nach dem Bayer. LR. Th. IV Kap. 10 §. 11 Nr. 6 fällt bei Belangung eines Bürgen die Einrede der Vorausklagung weg, wenn der Hauptschuldner bereits ad concursum creditorum getrieben ist[13]). — Um sich den Regreß gegen den Bürgen zu sichern, ist die Streitverkündung an denselben bei Liquidirung der verbürgten Forderung im Konkurse nicht erforderlich, jedoch als Akt der Vorsicht zu empfehlen[14]).

11) S. oben S. 382. — Anderen verganteten Schuldnern, deren neuerworbenes Vermögen von unbefriedigt gebliebenen Gläubigern angegriffen werden will, kann der Lebensunterhalt, wenn der Richter es für billig findet, freigelassen werden; bei Denjenigen, welchen das erwähnte beneficium zuerkannt wurde, hängt die Freilassung nicht von richterlichem Ermessen ab.

12) In solchem Falle kann der Schuldner Einreden, welche er im Gantverfahren nicht vorbrachte, nicht mehr gebrauchen.

13) Aus dem Standpunkte des gemeinen Rechtes hat das OAG. in der Rechtssache Nr. 1222²⁵/₂₆ für das Gegentheil entschieden. S. aber Bl. f. RA. Bd. VIII S. 221—2. — Ueber die Frage, ob der präkludirte Gläubiger durch sein Ausbleiben im Liquidationstermine außer Stand gesetzt sei, dem benef. cedendarum act. des Bürgen Genüge zu leisten, weicht von der in den Bl. f. RA. a. a. O. geäußerten Ansicht ab — Bayer a. a. O. §. 55.

14) v. Stürzer CGB. S. 922 a. E.

Nachträge,

die Aenderungen darlegend, welche sich am Inhalte des Kommentars durch die neueren Gesetze, insbesondere jene des Jahres 1856, ergeben.

Nachträge,

die Aenderungen darlegend, welche sich am Inhalte des Kommentars durch die neueren Gesetze, insbesondere jene des Jahres 1856, ergeben.

Nachträge.

Zu Bd. I S. 10 a. E. Das Gesetz vom 1. Juli 1856, einige Bestimmungen über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren in den Landestheilen diesseits des Rheins betr. (Ges.=Bl. 1856 S. 339 ff.), hat vorzugsweise die Organisation der Gerichte zum Gegenstande, zugleich aber diejenigen — am betreffenden Orte anzugebenden — prozessualischen Veränderungen vorgenommen, welche geeignet schienen, den Uebergangszustand bis zur Einführung einer neuen Civilprozeßordnung zu verbessern und das bestehende Prozeßrecht mit den eintretenden Organisationsveränderungen in Einklang zu bringen [1]).

Das Gesetz vom 1. Juli 1856, die exekutorischen Urkunden betr. (Ges.=Bl. 1856 S. 387 ff.), enthält vielfache prozessualische Bestimmungen, auf welche in der Lehre von der Exekution Bd. IV S. 273, 346 Rücksicht genommen ist.

Zu Bd. I S. 55, S. 129 u. S. 131 Nr. 9. Nach der k. V. vom 12. August 1857 zum Vollzuge des Org.=Ges. vom 1. Juli 1856 (Reg.=Bl. S. 981) §. 3 und 5 bilden die Bezirksgerichte ferner in ihrer Eigenschaft als Einzelrichterämter den privilegirten Gerichtsstand erster Instanz nach Tit. V §. 4 und 5 der V.=U., dann nach §. 11 der Beil. V zur V.=U. und nach §. 13 des Ges. vom 5. August 1828, die Militärgerichtsbarkeit in bürgerlichen

---

1) Edel, das k. bayer. Ges. vom 1. Juli 1856. 2. vermehrte Aufl. Nördl. 1857 S. 20.

Rechtssachen betr., und das Bezirksgericht der betreffenden Kreishauptstadt, für den Kreis Oberbayern insbesondere das Bezirksgericht München links der Isar den besonderen Gerichtsstand für die S. 131 Nr. 9 bemerkten Untergerichtsbeamten, wobei die Bezirksuntersuchungsrichter in den besonderen Kriminalbezirken den Landgerichtsassessoren gleichgestellt erklärt wurden.

Zu Bd. I S. 145 ff. Durch k. Verordn. vom 12. August 1857, die Formation der Handels- und Wechselgerichte in den Landestheilen diesseits des Rheins betr. (Reg.-Bl. S. 1033—1042), sind die in der Bildung der Wechsel- und Merkantilgerichte in Folge des Ger.-Org.-Ges. vom 1. Juli 1856 erforderlichen Aenderungen verwirklicht worden [1]).

Die in Oberbayern und Niederbayern, dann in der Oberpfalz bestandenen Wechsel- und Merkantilgerichte I. Instanz haben den Namen Handelsgerichte I. Instanz erhalten, und sind ohne Veränderung ihres Wirkungskreises bei den in §. 1 der gedachten Verordnung benannten Bezirksgerichten unter neuer Begrenzung der Handelsgerichtssprengel gebildet worden. Die in den drei fränkischen Kreisen wie in Schwaben und Neuburg bestandenen Wechselgerichte sind nach §. 10 ebd. bei bestimmten Bezirksgerichten reorganisirt und deren Wechselgerichtssprengel neu regulirt worden [2]).

Das bei dem k. Appellationsgerichte zu Freising bestandene Merkantil- und Wechselgericht II. Instanz ist durch §. 8 ebd. aufgehoben und bei dem Bezirksgerichte München links der Isar außer dem daselbst organisirten Handelsgerichte I. Instanz auch das Han-

---

1) Edel a. a. O. S. 14.

2) Dabei wurde in §. 11 ausdrücklich bestimmt, daß die Zuständigkeit dieser Wechselgerichte erster Instanz sich auf die denselben zugewiesenen Gerichtssprengel nur in soweit erstreckt, als in letzteren die bayerische Wechselgerichtsordnung nach Maßgabe des Gesetzes vom 11. Sept. 1825 (Ges.-Bl. S. 39) Geltung hat, und daß daher die Zuständigkeit der bezeichneten Wechselgerichte insbesondere in denjenigen Gebietstheilen ausgeschlossen ist, in welchen der in dem preußischen Landrechte und in der preuß. Gerichtsordnung enthaltene Wechselprozeß, welcher die Wechselsachen vor die ordentlichen Gerichte verweist, Geltung hat.

delsappellationsgericht für die Kreise Oberbayern, Niederbayern, dann Oberpfalz und Regensburg gebildet. Durch das Gesetz vom 1. Juli 1856, die Ausdehnung der Zuständigkeit der Handelsgerichte zu Nürnberg betr. (Ges.=Bl. S. 323), ist die Zuständigkeit der Handelsgerichte erster und zweiter Instanz, dann des Merkantil= Friedens= und Schiedsgerichtes (des sog. Marktgewölbes) zu Nürnberg mit der für diese Gerichte nach Maßgabe der k. Verordnung vom 18. Mai 1809, die Anordnung der Handelsgerichte erster und zweiter Instanz in Nürnberg betr. (Regbl. S. 797 ff.), geltenden Gerichtsordnung auf die Vorstädte der Stadt Nürnberg und den ganzen Umfang der Burgfriedensgrenze, soweit sich dieselbe derma erstreckt oder künftig erstrecken wird, ausgedehnt und zugleich bestimmt, daß sämmtliche, im Bereiche der Stadt Nürnberg, ihrer Vorstädte und des Burgfriedens fortan anfallenden Wechselstreitigkeiten, sie mögen aus kaufmännischen oder nicht kaufmännischen Wechseln entspringen, zur Zuständigkeit der Handelsgerichte gehören und daß das Verfahren sich nach den für dieselben geltenden gesetzlichen Vorschriften richtet.

Zu Bd. I S. 148. Die Berggerichtsbarkeit I. Instanz wird durch jenes Bezirksgericht verwaltet, in dessen Amtsgebiet der Streitgegenstand liegt, nachdem für alle streitige Bergsachen nach §. 30 der Verordn. v. 14. Sept. 1809 kollegiale Behandlung bei der Entscheidung angeordnet ist[1]).

Zu Bd. I S. 283. Nach dem Org.=Ges. v. 1. Juli 1856 Art. 19 kann, wenn über einen bei einem Gerichte vorgenommenen Akt der nichtstreitigen Rechtspflege ein Streit entsteht, der Beamte, welcher den Akt aufgenommen oder bestätigt hat, bei Vermeidung der Nichtigkeit keine richterliche Thätigkeit bezüglich jenes Rechtsstreites ausüben. Vgl. Bd. IV S. 214 Note 7.

Zu Bd. I S. 290 bis 295. Durch das Org.=Ges. v. 1. Juli 1856 sind an die Stelle der „Aemter" in jedem Kreise eine dem Bedürfnisse entsprechende Zahl von Bezirksgerichten getreten, welchen als Kollegien die sämmtlichen Rechtsstreitigkeiten

---

1) Edel a. a. O. S. 16. Reskript des k. Staatsministeriums der Justiz v. 21. August 1857 Nr. 13261 Ziff. II. 2.

in ihrem Bezirke in erster Instanz zugewiesen sind, mit Ausnahme jener, welche in erster Instanz durch Einzelnrichter zu erledigen sind, und für welche die Kompetenz der Bezirksgerichte als Einzelnrichterämter und der Landgerichte unter Aufhebung der kollegialen Verfassung dieser eintritt [1]).

Darüber, welche Rechtsstreitigkeiten in erster Instanz bei den Bezirksgerichten und Landgerichten durch Einzelnrichter zu erledigen sind, wird in den Nachträgen zu Bd. II S. 15 das Nähere vorkommen.

Sowohl bei den Bezirks- als bei den Landgerichten hat der Gerichtsvorstand jedenfalls Einen Beamten als regelmäßigen Einzelnrichter zu bezeichnen und diese Anordnung im Gerichtsbezirke bekannt zu machen. Wenn die Geschäftsaufgabe des Einzelnrichters bei einem Gerichte die Bezeichnung mehrerer Beamten als Einzelnrichter nothwendig macht, so ist in die zu erlassende Bekanntmachung die Art der Geschäftsvertheilung aufzunehmen.

Den Gerichtsvorständen bleibt jedoch unbenommen, einzelne Rechtsstreitigkeiten selbst als Einzelnrichter zu erledigen; dieselben sind ferner verpflichtet, im Falle der Verhinderung oder Geschäftsüberbürdung des ständig aufgestellten Einzelnrichters die nöthige Geschäftsaushülfe anzuordnen [2]).

Bei allen Landgerichten, welche außer dem Landrichter nur mit Einem Landgerichtsassessor besetzt sind, liegt das Einzelnrichteramt dem Landrichter ob [3]).

Jeder Einzelnrichter hat die von ihm zu behandelnden Rechtsstreitigkeiten selbstständig zu leiten und zu entscheiden, wogegen ihn die volle Dienstesverantwortlichkeit dafür trifft [4]). Die Ausfertigung der Landgerichte in Justizsachen, so wie die Ausfertigungen der Bezirksgerichte sind von dem Gerichtsvorstande zu unterzeichnen; in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit müssen dieselben jedoch zu-

---

1) K. V. zum Vollzuge des Gesetzes v. 1. Juli 1856 v. 12. August 1857 (Reg.-Bl. S. 981 ff.) §. 2, 3, 4.
2) Org.-Ges. Art. 4. Instr. für den landger. Dienst v. 23. Sept. 1857 (Reg.-Bl. S. 1221) §. 3–8. Edel S. 84 ff.
3) Angef. Instr. §. 3.
4) Org.-Ges. Art. 5; angef. Instr. §. 13. Edel S. 89 ff.

gleich mit der Unterschrift des dafür verantwortlichen Beamten versehen sein [5]).

Die kollegiale Berathung und Beschlußfassung der Bezirksgerichte geschieht in Senaten, welche aus drei Gerichtsmitgliedern zusammengesetzt sind [6]). Wenn in einem einzelnen Falle bei einem Bezirksgerichte die zur Beschlußfassung erforderliche Anzahl von Gerichtsmitgliedern nicht vorhanden ist, so können ausnahmsweise Mitglieder der nächstgelegenen Bezirks- oder Landgerichte zugezogen werden [7]).

Zu Bd. I S. 300 ff. Die oben S. 504 erwähnten Handelsgerichte I. Inst. in den Kreisen Ober- und Niederbayern, dann der Oberpfalz und Regensburg sind nach der angeführten Verordn. v. 12. August 1857 über die Formation der Handels- und Wechselgerichte §. 2—4 je mit einem Vorstande und zwei Räthen aus der Mitte des am betreffenden Gerichtssitze befindlichen Bezirksgerichtes, dann mit vier Assessoren und zwei Ersatzmännern aus dem Handelsstande besetzt.

Die Ersatzmänner aus dem Handelsstande haben den Sitzungen beizuwohnen und sind bei den Vorträgen zur Abstimmung aufzufordern, doch ist die Stimme eines Ersatzmannes nur in dem Falle als entscheidend zu zählen, wenn ein Assessor aus dem Handelsstande der Sitzung beizuwohnen verhindert ist.

Zu Bd. I S. 340. Ueber die Sekretäre der Bezirksgerichte vgl. die Vollz.-Verordn. v. 12. August 1857 §. 15 u. 16.

Zu Bd. I S. 372 Note 4. Ueber das Notariat bei den Gerichten vgl. das Org.-Ges. vom 1. Juli 1856 Art. 18 u. 19; Vollz.-Verordn. §. 3; Instr. für den landgerichtl. Dienst v. 23. Sept. 1857 (Reg.-Bl. S. 1221) §. 8—12.

Zu Bd. II S. 7. Nach dem Org.-Ges. v. 1. Juli 1856

---

5) Org.-Ges. Art. 27. Nach Art. 18 ebd. werden sowohl bei den Bezirksgerichten als bei den Landgerichten die Geschäfte der nicht streitigen Rechtspflege einschlüssig des Hypothekenwesens durch Gerichtsbeamte als Einzelnrichter selbstständig besorgt.

6) Org.-Ges. Art. 24.

7) Ebd. Art. 25.

Art. 15 wird bei den Bezirksgerichten in Sachen, welche zum gewöhnlichen Verfahren sich eignen, die Verhandlung auf die Klage mittels Schriftenwechsels gepflogen. Den Parteien bleibt unbenommen, einzelne Prozeßhandlungen bei dem zuständigen Gerichte zum Protokolle vorzunehmen. Auch kann das Gericht aus besonderen Gründen die protokollarisch schlüssige Verhandlung anordnen.

Zu Bd. II S. 11. Nach dem Org.-Ges. Art. 14 hat es bei der Beitreibung der aus den letzten zwei Jahren rückständigen Zinsen nach §. 52 des Hypothekengesetzes, bei Streitigkeiten in Ewiggeldsachen, sowie bei allen, zum Exekutiv-Mandat-Arrest- und Konkursprozesse sich eignenden Sachen bei dem für dieselben vorgeschriebenen Verfahren sein Verbleiben.

Zu Bd. II S. 15. Das Org.-Ges. v. 1. Juli 1856 hat in Art. 3 diejenigen Rechtsstreitigkeiten, welche in erster Instanz bei den Bezirksgerichten und Landgerichten durch Einzelnrichter zu erledigen sind, und für welche im Ganzen die in dem §. 3 bis 17 des Gesetzes vom 17. November 1837 über das beschleunigte Verfahren im mündlichen Verhöre gegebenen Vorschriften zur Anwendung kommen, einzeln aufgeführt; die im Kommentar erläuterten Bestimmungen des §. 1 erleiden dadurch vielfache Modifikationen. Im Folgenden werden die Bestimmungen des neuen Gesetzes angegeben und die entsprechenden Ziffern des Kommentars (S. 15 ff.) im Einschluß angeführt, indem sie auch jetzt noch zur Erläuterung dienen.

Nach Art. 3 des Org.-Gesetzes sind nachstehende Rechtsstreitigkeiten in erster Instanz bei den Bezirksgerichten und Landgerichten durch Einzelnrichter zu erledigen:

1) Die Klagen wegen Ehrenverletzungen (Nr. 9) [1]);

2) Die Streitigkeiten zwischen Handwerksmeistern und Gesellen oder Lehrjungen, Dienstherren und Dienstboten oder Taglöhnern, Gewerbsunternehmern und ihren Arbeitern hinsichtlich des gegenseitigen dienstlichen oder gewerblichen Verhältnisses (Nr. 3);

---

1) Also sowohl die ästimatorische Klage, als die Klagen auf Abbitte, Widerruf, Ehrenerklärung, nicht aber die Entschädigungsklagen — vgl. Edel S. 47. Justiz-Min.-Reskr. vom 17. April 1857 Nr. 7635.

3) Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern von Wohnungs- und anderen Räumen in Betreff des Miethverhältnisses, so lange dasselbe noch besteht, dann Streitigkeiten, welche sich nach Auflösung des Miethverhältnisses wegen Forderungen für das letzte Jahr oder wegen Räumung der Miethwohnung ergeben (Nr. 4);

4) Streitigkeiten der Reisenden mit Wirthen, Fuhrleuten, Schiffern oder Flößern über Wirthszechen, Fuhrlohn, Verlust oder Beschädigung der Habe des Reisenden oder Verzögerung des Transportes, desgleichen Streitigkeiten der Reisenden mit Handwerkern über Forderungen, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind (Nr. 5);

5) Streitigkeiten über Gegenstände des Handelsverkehres auf Messen und Märkten, so weit sie während der Dauer der Messe oder des Marktes bei Gericht angebracht werden und nicht den Handelsgerichten zugewiesen sind (Nr. 6);

6) Wandlungs- und Minderungsklagen wegen verkaufter Thiere;

7) Klagen auf Entschädigung einer außerehelich Geschwächten auf Anerkennung der Vaterschaft außerehelicher Kinder und alle Klagen auf Reichung des Lebensunterhaltes;

8) die den Hypothekgläubigern gemäß §. 45 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 zustehenden Anträge auf Einhalt gegen die Verminderung des Werthes der Sache durch Vernachlässigung oder Verschlimmerung von Seite des Schuldners;

9) Die Betreibung der aus den letzten zwei Jahren rückständigen Zinsen nach §. 52 desselben Gesetzes;

10) Streitigkeiten in Ewiggeldsachen;

11) Klagen wegen Wildschadens und wegen anderer Beschädigung von Erzeugnissen des Bodens, insbesondere wegen Beschädigung durch Ueberackern, Ueberfahren, Viehweiden, Grasen, Mähen, Ernten oder Einherbsten (Nr. 7);

12) Streitigkeiten wegen Beschädigung von Einfriedungen, Wasserleitungen, Abflüssen, Wässerungsanlagen, Pfaden und Wegen, oder wegen des rechtswidrigen Zustandes derselben und wegen Verrückung der Grenzzeichen (Nr. 7);

13) Klagen auf Festsetzung und Bezeichnung der Grenzen anliegender Grundstücke oder auf Unterhaltung oder Erneuerung gemeinschaftlicher Mauern und anderer Einfriedungen;

14) Klagen, welche den jüngsten Besitz oder den Einspruch

eines neuen oder die Aenderung eines bestehenden Werkes betreffen, desgleichen Klagen, welche auf Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung wegen verübter oder drohender Selbsthilfe oder des Ausbruches von Thätlichkeiten oder wegen anderer dringender Gefahr gerichtet werden (Nr. 8) [2];

15) alle Klagen, welche in der Hauptsache an Geld oder Geldeswerth nicht über einhundert fünfzig Gulden ohne Einrechnung der Zinsen, Kosten und Nutzungen betreffen (Nr. 1) [3];

16) Konkursprozesse, insoferne bei Veranlassung eines Beschlusses auf Eröffnung des Konkurses kein Rechtsanspruch gegen den Gemeinschuldner gerichtsbekannt ist, dessen Werth den in Ziffer 15 bezeichneten Betrag übersteigt.

Wird ein solcher Anspruch gleichwohl im Laufe des Konkursverfahrens erhoben und dessen Liquidität oder Priorität oder das dafür angesprochene Separationsrecht bestritten, so ist die Sache nach Abhaltung der Ediktstage zum Zwecke der Erlassung des Prioritätserkenntnisses und zur weiteren Behandlung an das einschlägige Bezirksgericht abzugeben, wenn von dem Gemeinschuldner oder einem Gläubiger der desfallsige Antrag gestellt wird.

Die Kompetenz bezüglich der Präjudizial- und der präparatorischen Sachen ist nach den in Bd. I S. 99 ff. vorgetragenen Grundsätzen (vgl. mit Bd. IV S. 37 Note 90) zu beurtheilen [4].

Verschollenheitssachen, in so lange nicht wegen des Vorhandenseins kollidirender Prätendenten oder sofern nicht nach der einschlägigen Civilgesetzgebung überhaupt ein kontradiktorisches Verfahren eintritt, erscheinen als Gegenstände der nicht streitigen Rechtspflege und fallen demnach im Hinblicke auf Art. 18 des Organis.-Ges. in die Zuständigkeit der Einzelrichter [5]. —

---

2) Ueber die Kompetenz für die Spolienklage vgl. Bl. f. RA. Bd. 23 S. 347.

3) Vgl. auch Edel S. 45 über Klagen aus jährlich wiederkehrenden Leistungen.

4) Vgl. auch Edel S. 44.

5) Edel S. 54. Just.-Min.-Reskr. v. 9 November 1857 Nr. 1466.

Die Anträge auf Amortisirung von Urkunden sind als kontentiöse Gegenstände zu betrachten und den für diese gültigen Regeln unterworfen [6]). —

Wechselsachen, mit Ausnahme der zum ehemaligen Fürstenthum Ansbach und Bayreuth gehörigen Gebietstheile, in welchen preußisches Landrecht und bez. der in der preußischen Gerichtsordnung, die keine besondere Wechselgerichtsbarkeit kennt, enthaltene Wechselprozeß gilt, gehören vor die Wechselgerichte [7]).

Zu Bd. II S. 25. Nach Art. 6 des Org.-Ges. kann die Zuständigkeit des Einzelnrichters durch Uebereinkunft der Parteien (§. 3 Absatz 2 des Ges. vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der GO. betr.) auf Rechtsstreitigkeiten erstreckt werden, welche nicht zu den in Art. 3 aufgeführten gehören.

Eine Ausnahme findet nur in Ansehung derjenigen Rechtsstreitigkeiten Statt, welche mit Rücksicht auf ihren Gegenstand besondern Gerichten zugewiesen sind.

Nach Art. 7 ist bei Anstellung der Klagen, welche auf dem Grunde des Art. 3 Ziff. 15 bei einem Einzelnrichter erhoben werden, der Geldeswerth des Streitgegenstandes anzugeben. Will der Beklagte behaupten, daß der Streitgegenstand mehr als 150 fl. werth sei, so hat er dieses in der ersten, auf die Klage abzugebenden Erklärung vorzubringen. In diesem Falle hat das Gericht vor der Fortsetzung der Verhandlung den Werth durch eine Schätzung nach GO. Kap. XII §. 3 Nr. 2 festzustellen, deren Kosten der Beklagte zu tragen hat, wenn seine Behauptung sich als unbegründet erweist. Das Ergebniß dieser Schätzung ist bezüglich des in Frage befindlichen Streitgegenstandes für alle Gerichte soweit maßgebend, als es sich um die Zuständigkeit oder um die Berufungssumme handelt.

Nach Art. 8 kommt die Bestimmung des Art. 7 Abs. 2 und 3 auch dann in Anwendung, wenn der Beklagte in einer bei einem Bezirksgerichte als Kollegialgerichte anhängig gemachten Klagsache die Zuständigkeit dieses Gerichtes auf dem Grunde des Art. 3 Ziff. 15 durch die Behauptung bestreiten will, daß der Streitgegenstand nicht

---

6) Just.-Min.-Reskr. vom 3. Juni 1858. Nr. 4307.
7) Edel S. 58 ff.

über 150 fl. betrage. Das Bezirksgericht kann in einem solchen Falle auch die Schätzung von Amtswegen anordnen, wenn es über den Werth des Streitgegenstandes in Zweifel ist.

Zu Bd. II S. 27. Nach Art. 10 ist eine Widerklage, welche nicht schon an sich gemäß der Bestimmung im Art. 3 zur Zuständigkeit eines Einzelnrichters gehört, bei diesem nur dann zu verhandeln und zu entscheiden, wenn die Parteien hierauf übereinkommen, oder wenn die Vor- und Widerklage aus ein und demselben Rechtsverhältnisse entspringen oder wenn die mit der Widerklage verfolgten Gegenansprüche zugleich gegen die Vorklage als Einrede geltend gemacht werden.

Nach Art. 9 wird in dem Falle einer nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung zulässigen Häufung mehrerer nach Art. 3 Ziff. 15 an einen Einzelnrichter gehörigen Klagen die Zuständigkeit desselben nicht durch den Umstand ausgeschlossen, daß die mehreren Klagen zusammen einen höheren Geldbetrag oder Geldeswerth als 150 fl. betreffen.

Zu Bd. II S. 28. Nach Art. 13 kommen bei den durch Einzelnrichter zu erledigenden Rechtsstreitigkeiten vorbehaltlich der Bestimmung des Art. 14, die in den §§. 3 bis 15 des Ges. vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der GO. betreffend, über das beschleunigte Verfahren im mündlichen Verhöre gegebenen Vorschriften in Anwendung.

Wird nach §. 11 Abs. 1 des genannten Ges. die Erlassung des Erkenntnisses verschoben, so ist dieses den Parteien schriftlich an Verkündungsstatt zuzustellen.

Die Bestimmung im §. 11 Abs. 2 desselben Gesetzes über Erstattung eines Vortrages an das Kollegium ist aufgehoben.

Nach Art. 14 hat es bei dem im Art. 3 Ziff. 9 und 10 bezeichneten, sowie bei allen zum Exekutiv-Mandat-Arrest- und Konkursprozesse sich eignenden Sachen bei dem für dieselben vorgeschriebenen Verfahren sein Verbleiben.

Zu Bd. II S. 38. Ueber Provisorien vgl. Edel S. 49 ff.

Zu Bd. II S. 51 ff. Ueber das Verfahren bei exekutorischen Urkunden nach dem Ges. v. 1. Juli 1856 ist oben S. 273 ff. das Nähere abgehandelt.

Zu Bd. II S. 125. Nach Art. 11 des Org.-Ges. haben die

Landgerichte das Vermittlungsamt nicht nur in den zu ihrer Zuständigkeit (Art. 3) gehörenden Rechtsstreitigkeiten, sondern auch in denjenigen Fällen auszuüben, in welchen der Kläger vor Anstellung der Klage bei dem Bezirksgerichte den Beklagten unter allgemeiner Bezeichnung des Klagegegenstandes vor das Landgericht, bei welchem der Beklagte, oder, wenn es mehrere sind, einer derselben seinen persönlichen Gerichtsstand hat, zum Versuche der Vermittlung vorladen läßt.

Wenn an dem hiezu bestimmten Tage der Kläger oder der Beklagte nicht erscheint, so ist das Landgericht zu einem Vermittlungsversuche nicht verpflichtet.

Eine Verpflichtung, vor der Anstellung der Klage bei dem Bezirksgerichte das landgerichtliche Vermittlungsamt anzugehen, besteht nicht.

Ueber die Wirkung der von der Vermittlungsbehörde errichteten Vergleiche s. o. S. 241.

Zu Bd. II S. 297. Nach Art. 15 des Org.-Ges. wird bei den Bezirksgerichten in Sachen, welche zum gewöhnlichen Verfahren sich eignen, die Verhandlung auf die Klage mittels Schriftenwechsels gepflogen.

Den Parteien bleibt unbenommen, einzelne Prozeßhandlungen bei dem zuständigen Gerichte zum Protokolle vorzunehmen.

Auch kann das Gericht aus besonderen Gründen die protokollarisch schlüssige Verhandlung anordnen.

Zu Bd. II S. 445 VI. Vgl. Edel S. 49.

Zu Bd. IV S. 14, 34, 88 u. 121. In Betreff der Berufung in Wechsel- und Handelssachen nach der bayerischen Wechsel- und Merkantil-Gerichts-Ordnung vom 24. November 1785 ist im Landtags-Abschiede vom 1. Juli 1856 §. 27 (Ges.-Bl. S. 128) Folgendes bestimmt.

1) Die Berufung in Wechsel- und Handelssachen, in welchen der Gegenstand der Beschwerde in der Hauptsache fünfzig Gulden nicht erreicht, ist nicht zulässig.

Gegenstände, deren Werth nicht angegeben oder nicht anerkannt ist, werden nach den gesetzlichen Vorschriften über Schätzungen gerichtlich eingewerthet.

2) Selbstständige Berufung findet in Wechselsachen nur Statt:

a) gegen Bescheide, wodurch die Klage ohne weitere Einleitung des Verfahrens ganz oder so, wie angebracht, oder zur Zeit oder von diesem Gerichte abgewiesen wird,

b) gegen Erkenntnisse auf Ableistung eines Eides,

c) gegen das Endurtheil und

d) gegen Beschlüsse über die Art der Exekution;

in Handelssachen

a) gegen diejenigen Zwischenbescheide, welche in §. 52 der Novelle vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, aufgeführt sind,

b) gegen das Endurtheil und

c) gegen Beschlüsse über die Art der Exekution.

Unzuläßige Berufungen hat das Gericht I. Instanz mittelst motivirter Entschließung abzuweisen.

3) Die Berufung gegen alle nicht selbstständig appellablen Zwischenbescheide, sowie gegen einfache Erlasse ist mit der Berufung gegen das nächste in der Sache ergehende selbstständig appellable Urtheil ohne vorgängige Verwahrung zu verbinden.

4) Aufschiebende Wirkung hat die Appellation in Wechselsachen gegen Bescheide, durch welche auf Ableistung eines Eides erkannt wird.

Bei Berufungen gegen das Endurtheil tritt in Wechselsachen die aufschiebende Wirkung nur in so weit ein, daß bis zur höheren Entscheidung die Einantwortung oder Versteigerung der Exekutionsobjekte, sowie der Vollzug des Personalarrestes nicht stattfindet, vorbehaltlich der Bestimmung der bayerischen Wechsel- und Merkantilgerichtsordnung Kap. IX §. 5 Nr. 3 für den Fall, wenn wegen zu besorgender Flucht des Schuldners auf den Personalarrest angetragen wird.

Diese Beschränkung der aufschiebenden Wirkung findet auch dann Statt, wenn in einer Wechsel- oder Handelssache gegen die Art der Exekution die Berufung ergriffen wird. —

Zu Bd. IV S. 14. Die Bestimmung der Nürnberger

Appellationsgerichtsordnung vom 19. Juli 1802 §. 17 lit. f., wornach in Wechselsachen, insoferne der Wechsel seine Kraft noch nicht verloren hat, nicht appellabel sind, besteht für Streitsachen aus nicht kaufmännischen Wechseln nicht mehr in gesetzlicher Kraft [1]).—

Zu Bd. IV S. 66 u. 154. Nach dem Gesetze vom 26. Febr. 1850, die Entscheidung über Rekurse in Ewiggeldsachen der Stadt München betr. (Ges.=Bl. S. 69), sind die Rekurse in Ewiggeldsachen der Stadt München bei dem nächst höheren Civilgerichte einzureichen, welches darüber ohne Verzug zu unterscheiden hat. Gegen diese Entscheidung findet kein weiteres Rechtsmittel Statt.

---

1) Pl.=Beschl. vom 13. November 1855. Reg.=Bl. S. 1277.

Register.

(Die römische Ziffer bezeichnet den Band, die arabische die Seite.)

Berichtigungen.

Bd. II S. 216 Z. 1 v. u. statt „345" l. „435".
Bd. III S. 276 Z. 5 v. o. statt „136" l. „167 f."
Bd. IV S. 21 Note 46 Z. 1 statt „§. 3" l. „§. 53".
— — S. 85 Note 60 Z. 3 statt „Appellant" l. „Appellat."
— — S. 156 Z. 2 v. u. statt „diese" l. „dieser."
— — S. 161 Note 39 a Z. 5 v. o. statt „Vorbescheidung" l. „Verbescheidung."
— — S. 161 Note 39a Z. 2 v. u. statt „Adjudikator" l. „Adjudikatar."
— — S. 164 Note 44 Z. 1 v. u. statt „S. 125—126" l. „152—153."
— — S. 165 Z. 1 v. o. statt „Extrajuzialbeschwerde" l. „Extrajudizialbeschwerde."
— — S. 224 Note 35 letzte Z. statt „47" l. „21".
— — S. 240 Z. 10 v. o. statt „Transsigenten" l. „Transigenten".
— — S. 310. Die in Note 22 angeführte Verordnung vom 11. Juni 1790 gehört zu Note 21.
— — S. 450 Note 3 Z. 3 statt „letzterer" l. „letztere".
— — S. 464 III Z. 6 statt „Forderung" l. „Forderungen".
— — S. 496 in der Ueberschrift nach „Obliegenheit" schalte ein „des Schuldners".

Umtausch der ersten Auflage des Seuffert'schen Kommentars über die bayerische Gerichtsordnung gegen die zweite (unter Mitwirkung des Verfassers von den HH. Brater und Lauk bearbeitete) Auflage.

Erlangen den 1. August 1860.

Es haben sich schon so viele bayerische Juristen unmittelbar an uns gewendet mit der Anfrage wegen Umtausches der ersten Auflage des

Seuffert'schen Kommentars

über die

bayerische Gerichtsordnung

gegen die **zweite**, daß wir uns hiermit zu der Erklärung veranlaßt sehen, derartigen Wünschen gerne nachkommen zu wollen. Doch möchten wir bitten, folgende Punkte gleich bei der Antragstellung zu berücksichtigen:

1) Gegen portofreie Einsendung eines Exemplars der ersten aus 4 Bänden bestehenden Auf-

lage und eines Geldbetrags von **10 fl.** an die unterzeichnete Verlagshandlung wird ein Exemplar der zweiten ebenfalls 4 Bände starken Auflage geliefert, deren Ladenpreis 17 fl. 16 kr. beträgt.

2) Das Aeußere der umzutauschenden Exemplare der ersten Auflage wird nicht beanstandet werden, doch findet eine Vergütung für Einbände u. dergl. nicht Statt.

3) Auch solche Exemplare der ersten Auflage, an denen einzelne Bände fehlen, können umgetauscht werden, doch hat in diesem Falle die Verlagshandlung für jeden solchen fehlenden Band eine besondere Vergütung von **1 fl.** zu beanspruchen und wolle dieser Betrag der Umtauschofferte gleich beigelegt werden.

4) Auf früher bezogene oder bestellte Exemplare der zweiten Auflage darf das jetzige Anerbieten keine Rückwirkung äußern.

5) Die Verlagshandlung behält sich die Rücknahme der vorstehenden Umtauschbedingungen vor, da sie nur einen Theil der vorräthigen Exemplare dem angedeuteten Zwecke widmen kann, und bittet sie deshalb um baldgefällige Benutzung dieser Offerte.

Palm & Enke.

☞ Umstehendes Formular bittet die Verlagshandlung ausgefüllt etwaigen Tauschexemplaren beizulegen.

Unterzeichneter macht von dem Anerbieten der Buchhandlung Palm & Enke in Erlangen vom 1. August 1860, ein Exemplar der ersten Auflage des **Seuffert'**schen Kommentars über die bayerische Gerichtsordnung gegen die zweite Auflage desselben umzutauschen, Gebrauch und folgt hiermit die erste Auflage sammt dem Geldbetrage von **10 fl.**

Zugleich wird bemerkt, daß das Exemplar der ersten Auflage

(entweder) vollständig ist.

(oder) defect ist und zwar fehl.. d.. Band....

Da der Verlagshandlung nun nach 3) ihrer Bedingungen für jeden fehlenden Band **1 fl.** besonders zu vergüten ist, so übersendet Unterzeichneter hierbei außerdem noch fl. .... für .... fehlende Band .

Ort und Datum: **Name:**

Druck von Junge und Sohn in Erlangen.

Unterzeichneter macht von dem Anerbieten der Buchhandlung Palm & Enke in Erlangen vom 1. August 1860, ein Exemplar der ersten Auflage des **Seuffert**'schen **Kommentars über die bayerische Gerichtsordnung** gegen die zweite Auflage desselben umzutauschen, Gebrauch und folgt hiermit die erste Auflage sammt dem Geldbetrage von **10 fl.**

Zugleich wird bemerkt, daß das Exemplar der ersten Auflage

(entweder) vollständig ist.

(oder) defect ist und zwar fehlt .. d .. Band ....

Da der Verlagshandlung nun nach 3) ihrer Bedingungen für jeden fehlenden Band **1 fl.** besonders zu vergüten ist, so übersendet Unterzeichneter hierbei außerdem noch fl. ....

für ...... fehlende Band.

Ort und Datum: Name:

Druck von Junge und Sohn in Erlangen.

Seuffert, Johann Adam,

Handbuch des deutschen Civilprozesses auf der Grundlage und nach der Ordnung der bayerischen Gesetzgebung

Bd.: 4

Erlangen 1858